

Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 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 2 • 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 Noguera, Paolo Mengozzi, Bruno Nascimbene, Guido Raimondi, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauo, 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, Iliaria Ottaviano, Angela Maria Romito, Gianpaolo Maria Ruotolo, Roberto Virzo**

Revisione abstracts a cura di **Denise Milizia**

Comitato dei referees

Roberto Adam, Chiara Amalfitano, Roberto Baratta, Maria Caterina Baruffi, 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 Gaspare, 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



Giuseppe TESAURO
Relazione presentata il 21 marzo 2019 a Roma, presso la Corte costituzionale, in occasione del conferimento a *Studi sull'integrazione europea* del XXV Premio "Eugenio Selvaggi" per la stampa storico-giuridica 251

ARTICOLI

Ugo VILLANI
Metodo comunitario e metodo intergovernativo nell'attuale fase dell'Unione europea 259

Paolo FOIS
L'"Europa flessibile" e il consenso degli Stati membri 271

Roberto BARATTA
Droits fondamentaux et "valeurs" dans le processus d'intégration européen 289

Martín Jesús URREA SALAZAR
Medio ambiente y desarrollo sostenible: una perspectiva de derecho internacional privado 309

Giovanni CELLAMARE
L'attivazione nell'ordinamento italiano del concetto di Paese di origine sicuro 323

Pierre DE GIOIA CARABELLESE
Le cartolarizzazioni fra nuova regolamentazione UE e attività bancaria opaca 339

Criseide NOVI
L'attuazione della cooperazione strutturata permanente (PESCO) nella prospettiva di una difesa europea più autonoma ed effettiva 365

Francesca PERRINI
Il contributo della giurisprudenza europea al superamento della crisi delle Nazioni Unite e delle sue conseguenze sulla tutela dei diritti umani 387

Flavia ROLANDO
Verso la codificazione del procedimento amministrativo dell'Unione europea? Il problema dell'identificazione di una corretta base giuridica 413

NOTE E COMMENTI

Marco BOLOGNESE Il valore del giudicato nei processi civili ed il rispetto dei diritti dell'uomo	435
Claudia CANDELMO La sentenza <i>Achmea</i> , un anno dopo: l'impatto sull'ordinamento europeo e il futuro degli <i>intra-EU BITs</i>	447
Marco INGLESE La proposta di regolamento che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione <i>online</i> : tanto tuonò che piovve	463
Matteo MANFREDI Il ruolo del Parlamento europeo nella disciplina degli scambi commerciali con i Paesi in via di sviluppo: il caso dell'SPG	481

RECENSIONI

G. CELLAMARE, I. INGRAVALLO (eds.), <i>Peace Maintenance in Africa. Open Legal Issues</i> , Cham, Springer-Giappichelli, 2018 (P. Gargiulo)	507
J.M. DE FARAMIÑÁN FERNÁNDEZ-FIGARES, <i>Coudenhove-Kalergi. Un Ideal para Europa</i> , Jaén, Dykinson, 2018 (C. Zanghi)	511
R.S. DE FAZIO, A. GIATTINI, V. PRISCO (a cura di), <i>Scenari sul futuro dell'europa: sfide e prospettive. Considerazioni a margine del Libro Bianco della Commissione Europea</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 (A. Iermano)	515
A. DI STASI, <i>Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali</i> , Milano, Wolters Kluwer, 2018, II ed. (U. Villani)	517
U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), <i>Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale</i> , Milano, Giuffrè Francis Le-febvre, 2018, V ed. (I. Ingravallo)	521
L.F. PACE, <i>Il regime giuridico dell'euro. La nascita dell'Unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea</i> , Bari, Cacucci, 2018 (L. Cecchetti)	523
M. PANEBIANCO, <i>Codice Euro-globale. Epoche, spazi, soggetti</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 (L. di Cintio)	525
P. PENNETTA, S. CAFARO, A. DI STASI, I. INGRAVALLO, G. MARTINO, C. NOVI, <i>Diritto delle organizzazioni internazionali</i> , Milano, Wolters Kluwer, 2018 (G.M. Ruotolo)	529
Libri ricevuti	533
Indice degli autori	535

Summary



Giuseppe TESAURO Report Presented on 21 March 2019 in Rome, at the Constitutional Court, on the Occasion of the Conferral to <i>Studi sull'integrazione europea</i> of the XXV 'Eugenio Selvaggi' Award for the Historical-juridical Press	251
ARTICLES	
Ugo VILLANI Community Method and Intergovernmental Method in the Present Phase of the European Union	259
Paolo FOIS The 'Flexible Europe' and the Consent of the Member States	271
Roberto BARATTA Fundamental Rights and 'Values' in the European Integration Process	289
Martín Jesús URREA SALAZAR Environment and Sustainable Development: A Private International Law Perspective	309
Giovanni CELLAMARE The Activation of the Concept of Safe Country of Origin in the Italian Le- gal System	323
Pierre DE GIOIA CARABELLESE Securitizations: The New EU Regulation Discussed and Analysed through the Lenses of the Shadow Banking	339
Criseide NOVI The Implementation of the Permanent Structured Cooperation (PE.S.CO) in the Perspective of a More Autonomous and Effective European Defence	365
Francesca PERRINI The Contribution of European Jurisprudence to Overcoming UN Crisis and Its Consequences on the Protection of Human Rights	387
Flavia ROLANDO Towards the Codification of EU Administrative Procedure? The Question of the Proper Legal Basis	413

NOTES AND COMMENTS

- Marco BOLOGNESE
The Value of Final and Binding Decision in Civil Proceeding and the Respect for Human Rights 435
- Claudia CANDELMO
The *Achmea* Judgment, One Year after: Effects on the European Order and the Future of *intra*-EU BITs 447
- Marco INGLESE
An Overview of the Proposal for a Regulation on Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Intermediation Services: After Thunder Comes Rain 463
- Matteo MANFREDI
The European Parliament's Role in Trade Regulation with Developing Countries: The Case of GSP 481

BOOK REVIEWS

- G. CELLAMARE, I. INGRAVALLO (eds.), *Peace Maintenance in Africa. Open Legal Issues*, Cham, Springer-Giappichelli, 2018 (P. Gargiulo) 507
- J.M. DE FARAMIÑÁN FERNÁNDEZ-FIGARES, *Coudenhove-Kalergi. Un Ideal para Europa*, Jaén, Dykinson, 2018 (C. Zanghi) 511
- R.S. DE FAZIO, A. GIATTINI, V. 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 (A. Iermano) 515
- A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, II ed. (U. Villani) 517
- U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè Francis Le-febvre, 2018, V ed. (I. Ingravallo) 521
- L.F. PACE, *Il regime giuridico dell'euro. La nascita dell'Unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2018 (L. Cecchetti) 523
- M. PANEBIANCO, *Codice Euro-globale. Epoche, spazi, soggetti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 (L. di Cintio) 525
- P. PENNETTA, S. CAFARO, A. DI STASI, I. INGRAVALLO, G. MARTINO, C. NOVI, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, Wolters Kluwer, 2018 (G.M. Ruotolo) 529
- Books received 533
- List of contributors 535

Giuseppe Tesauro*

Relazione presentata il 21 marzo 2019 a Roma, presso la Corte costituzionale, in occasione del conferimento a *Studi sull'integrazione europea* del XXV Premio “Eugenio Selvaggi” per la stampa storico-giuridica

La Rivista *Studi sull'integrazione europea*, fondata nel 2006, ha avuto e continua ad avere il merito di ampliare il dibattito scientifico su di un processo che rappresenta – come sostengono i fondatori nel primo numero – “la novità più interessante espressa nella seconda metà del secolo scorso sotto gli aspetti politico, giuridico-istituzionale, economico e sociale”. Nata dall’idea e dalla buona volontà di due illustri studiosi del diritto internazionale e dell’Unione europea, Ugo Villani ed Ennio Triggiani, in un contesto scientifico di primo livello come quello dell’Università di Bari (basta ricordare Francesco Capotorti, Luigi Ferrari Bravo, Vincenzo Starace), la Rivista si è mantenuta fedele al suo progetto originario, approfondendo – attraverso la presentazione di articoli, studi e ricerche di alta qualità – tutti i profili, non solo giuridici, del processo di integrazione europea. Riuscendo pertanto a coinvolgere nel dibattito studiosi di altre discipline, attratti sempre più, con varia riuscita, da quell’*unicum* “nel campo del diritto internazionale”, come fu definito nella insuperata sentenza *Van Gend en Loos* l’ordinamento dell’Unione. La ricchezza delle rubriche, in cui la Rivista è articolata, testimonia la vivacità dei suoi interessi e la pluralità di esigenze che intende soddisfare. L’attenzione per la giurisprudenza della Corte di giustizia, come della Corte costituzionale, coesiste con gli studi di riflessione sistematica ed approfondita di temi di particolare rilievo per l’attualità e per i profili di problematicità.

Alla Rivista vanno poi aggiunti i volumi, ormai più di trenta, della Collana, parte integrante del progetto scientifico (ricordo, chiedendo scusa a tutti gli altri

* Presidente emerito della Corte costituzionale.

studiosi, quelli di Ivan Ingravallo sull'effetto utile, di Angela Maria Romito sulla tutela giurisdizionale nell'Unione, di Antonietta Damato sugli interessi finanziari), testimonianze di un impegno a tutto tondo che fa onore alla Scuola degli internazionalisti e comunitaristi baresi, ma che si apre al contributo dell'intera comunità scientifica italiana (vedi, ad es., la più recente pubblicazione di Marica Baruffi sul piccolo caos della Brexit).

Svincolata da ogni condizionamento ideologico e restando nei confini della neutralità accademica, la Rivista ha proposto, soprattutto grazie all'impronta datane dai suoi Direttori, ai quali si è aggiunto dal 2017 anche Giandonato Caggiano, un messaggio di sincera convinzione della necessità che il cammino verso l'integrazione continui il suo corso, nonostante le periodiche e inevitabili criticità. La vasta eco che gli scritti hanno avuto nella comunità scientifica degli studiosi di diritto dell'Unione europea, e non solo, conferma la validità della scelta dei lavori pubblicati e degli obiettivi.

Sebbene non sia possibile qui dare conto di tutti gli studiosi che, negli anni, hanno contribuito con i loro lavori a rendere prestigiosa la Rivista, va sottolineato che essa ha ospitato tanti giovani, offrendo loro la possibilità di farsi conoscere e di "crescere": molti di loro oggi sono affermati professori anche grazie alla Rivista, che ne ha colto il valore e le potenzialità. Ma altresì tanti studiosi meno giovani hanno vivacizzato il dibattito su temi "caldi" di teoria giuridica generale. Tant'è che i loro scritti sono citati in numerosissime opere monografiche, manuali ed articoli apparsi su altre riviste.

Vorrei brevemente ricordare, anzitutto, l'importante contributo offerto al dibattito scientifico dai Direttori. Ed iniziare da Ugo Villani, la cui indiscussa varietà di interessi si rispecchia, oltre che nel manuale di diritto dell'Unione nato come primo numero della Collana, nei numerosi articoli, che spaziano dalle conseguenze della violazione dei principi fondanti dell'Unione al valore della CEDU nell'ordinamento italiano; da temi di diritto internazionale privato dell'Unione, alla tematica dei controlimiti (*Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*). Quest'ultima riflessione si inserisce in una vivace discussione sviluppatasi anche a seguito di qualche passaggio della giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha confermato l'esistenza e la rilevanza di tale tematica, sancendo correttamente il "mancato ingresso" nel nostro ordinamento (già con la sentenza 73 del 2001, redattore Zagrebelsky, poi con la sentenza 238 del 2014) di norme internazionali consuetudinarie in contrasto con i principi costituzionali supremi.

Pari valore e rilievo è da riconoscere agli scritti di Ennio Triggianni che hanno il merito di aver richiamato l'attenzione soprattutto su questioni di importanza fondamentale per il processo di integrazione: i diritti sociali, che, contrariamente a quanto ritenuto e scritto da non specialisti, sono ben al centro dell'attenzione delle istituzioni comunitarie. Molto interessante il lavoro sulla cittadinanza, nel quale – a giusta ragione – viene sottolineato che quella europea deve per sua stessa natura qualificarsi come il più possibile coerente con la tutela dei diritti, perché è ad essi che si ispira ed è con tali diritti che si propone di concretizzare un insieme di valori comuni, primo fra tutti quella pace che era l'obiettivo principale già della prima Comunità (leggi la dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950). Ricordo, ancora, il libro *Spunti e riflessioni sull'Europa* nella Collana della Rivista.

Come ho già ricordato, dal primo numero del 2017 la Rivista si avvale di un terzo direttore, Giandonato Caggiano, che fino a quel momento aveva contribuito al successo della Rivista non soltanto con i suoi scritti, ma in qualità di coordinatore del comitato di redazione, che pure è compito difficile e che richiede grandi doti di diplomazia e pazienza. Tra i tanti temi affrontati da Caggiano (importanti sono i lavori sul bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri, del 2012, e sulla dottrina italiana nella fase costituente dell'ordinamento comunitario, del 2013), vorrei segnalare quello dell'immigrazione, problema di grande attualità, in relazione al quale Caggiano mette in evidenza tutte le deficienze del regime europeo comune di asilo, dovute anche al venir meno di ogni solidarietà tra gli Stati membri e quindi di una mancata rigorosa condivisione degli oneri (basti pensare alla disciplina di Dublino, sottoscritta con inspiegabile fretta dall'Italia).

La Rivista è, in sostanza, divenuta uno spazio di confronto e di scambio, nel quale si intrecciano voci diverse in un dialogo aperto su tematiche di grande attualità e di rilievo scientifico. Così, fin dall'inizio, essa ha seguito con attenzione sia i momenti di "ombra" sia quelli di "luce" del processo di integrazione. Ricordo che il primo articolo, del primo numero, fu di Vincenzo Starace, intitolato *La Costituzione per l'Europa non trasforma l'Unione europea in unione costituzionale*, che ben poneva in evidenza come l'uso del termine "Costituzione" fosse poco appropriato e meramente enfatico. Ed invero, era un tentativo velleitario frutto della tentazione di attribuire all'Unione il modello Stato, con scarsa conoscenza della reale esperienza dell'Unione e degli obiettivi prefigurati e poi realizzati. L'Unione non è uno Stato, né federale né altro, semplicemente perché non lo vogliono gli Stati membri, da sempre contraenti e padroni del Trattato (*herren des Vertrag*), secondo la formula del Tribunale costituzionale federale tedesco. Sul tema, la Rivista ha ospitato pure un interessante lavoro di Girolamo Strozzi (*Alcune riflessioni sul Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*). E quanto al Parlamento europeo, nelle cui limitate competenze si anniderebbe il *deficit* democratico, sarebbe bene riflettere sul ruolo dei parlamenti europei specie nel momento attuale.

Particolare attenzione è stata poi dedicata al Trattato di Lisbona. Il n. 1 del 2009 è quasi interamente dedicato a questo passaggio, che non ha portato i grandi cambiamenti visti da alcuni, nonostante l'elevazione al rango dei Trattati della Carta di Nizza. Ricordo i contributi di Ugo Draetta, Luigi Daniele e la testimonianza di Rocco Cangelosi. In seguito, troviamo i contributi di Ugo Villani, Ennio Triggiani, Ornella Porchia, Saverio de Bellis.

La Carta dei diritti fondamentali, in particolare, è sostanzialmente una ricognizione della giurisprudenza quarantennale della Corte di giustizia e comunque ha assunto formalmente, con Lisbona, la stessa sfera di applicazione dei Trattati, dunque più ridotta rispetto a quando la tutela dei diritti fondamentali era solo di natura giurisprudenziale e non aveva limiti formali di applicazione (anche se la Corte di giustizia aveva pur sempre affermato che la tutela da essa apprestata "va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità" nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970). Ma tant'è, ciò ha con tutta evidenza confuso le idee, per un breve periodo, di numerosi giudici e studiosi anche di rango, in particolare italiani, da sempre tentati di pervenire direttamente o indirettamente, attraverso il confronto con il diritto dell'Unione a mezzo del rinvio pregiudiziale

alla Corte di giustizia, ad un controllo diffuso di costituzionalità. Tra l'altro, ciò ha suggerito alla Consulta, considerata la sostanziale coincidenza di norme della Carta europea e della Costituzione italiana, di reagire con l'opinabile sentenza 269 del 2017, reazione che sarebbe bene resti un incidente nella tradizionale cooperazione con la Corte di giustizia costruita con il rinvio pregiudiziale. Invero, l'approccio "sovranista", mentre ha alimentato solo qualche dubbio di troppo tra i giudici comuni su tempi e contenuti del rinvio pregiudiziale, vero gioiello del sistema giuridico dell'Unione complessivamente considerato, finisce per colpire senza ragionevole motivazione le fondamenta finora incontestate del diritto dell'Unione: effetto diretto, competenza della Corte di giustizia ad interpretare quel diritto, e non solo. Né va dimenticato che la tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia, nonostante l'assordante silenzio dei Trattati, fu stimolata proprio dai giudici costituzionali italiani (sentenza *Acciaierie San Michele* del 1965) e poi tedeschi, tanto da provocare la citata sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del giudice comunitario.

Importanti gli scritti che leggiamo sulla Rivista, nell'ampio spazio dedicato, da subito, alla tutela dei diritti fondamentali della persona, a prescindere dallo *status*. Essi ben danno la misura del cammino compiuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per assicurarne il rispetto e per spostare il baricentro del sistema su quei valori. Di rilievo, in quest'ottica, il lavoro di Bruno Nascimbene, su *La centralità della persona e la tutela dei suoi diritti*. Sulla Carta, tra gli altri, Paolo Mengozzi e Adelina Adinolfi.

Sempre con riguardo al livello di tutela dei diritti della persona previsto in ambito comunitario, è necessario ricordare i lavori sulla CEDU, che esaminano dettagliatamente e con spirito critico sia il rapporto con il diritto dell'Unione sia taluni diritti espressamente contemplati e tutelati. Ricordo anche il lavoro di Zanghì sull'ipotesi di adesione dell'Unione europea alla CEDU, respinta dal parere negativo della Corte di giustizia UE in ragione delle severe condizioni poste dagli Stati membri, in particolare con il Protocollo n. 8 e già nel Trattato sull'Unione. L'importanza dell'azione della Corte EDU trova poi ampio riscontro nel Supplemento al n. 1 del 2019, interamente dedicato da Marina Castellaneta ad una valida guida pratica alla presentazione dei ricorsi.

Molti sono anche i lavori sulle cause della crisi che, in questi ultimi anni, minacciano il processo di integrazione. Mi riferisco soprattutto alla Brexit ed alle ondate migratorie. Sull'immigrazione, oltre ai lavori di Caggiano, l'ingarbugliata disciplina è stata esaminata da Giovanni Cellamare, Patrizia De Pasquale (da segnalare il suo lavoro sui respingimenti), Lina Panella. Il momento attuale, invece, è fotografato in alcuni lavori apparsi sul n. 1 del 2019, che analizzano con spirito critico la situazione di incertezza che, pericolosamente, sta accompagnando l'Unione europea verso le prossime elezioni del Parlamento europeo e mettono a fuoco le difficili relazioni tra le istituzioni, alla luce degli scenari che potrebbero delinearsi nel post elezioni (Caggiano e Triggiani).

La Rivista *Studi sull'integrazione europea* è, dunque, divenuta un fattore di sviluppo della cultura giuridica europea, selezionando, presentando ed inserendo nel dibattito scientifico materiale che rappresenta sia il "momento" sia le linee di evoluzione della realtà dell'Unione europea. Intorno a queste tematiche sono state

richiamate firme di livello, e non soltanto di diritto dell'Unione, come Giorgio Napolitano, Franco Gallo, Biagio De Giovanni.

Quelli tra noi che sono affezionati ai valori condivisi con gli altri Paesi membri (in disparte quelli del gruppo di Visegrad, tra i quali spero non finisca anche il nostro Paese, nonostante qualche recente inquietante segnale) sono preoccupati per l'emergere di egoismi nazionali e perfino regionali che sono in netto contrasto con l'idea originaria della Comunità di diritto. Non dimentichiamo che l'Unione ci ha dato un periodo mai così lungo di pace e, soprattutto per alcuni Paesi (compresa l'Italia degli elettrodomestici e delle utilitarie), di benessere economico e sociale. Ma tant'è, fra ignoranza e scarsa memoria sull'Europa che c'è, la retorica anti-comunitaria sbandiera il valore della sovranità ("nemica della pace", scriveva Einaudi), quasi che le decisioni di Bruxelles non fossero in realtà degli Stati membri, con maggior forza di quelli che, prima di decidere se approvarle o meno, ne verificano l'impatto sul proprio sistema giuridico e sociale (leggi ancora Dublino).

Contrariamente a quanto leggo sui giornali e sento alla TV, il mercato comune costituisce il nucleo centrale di un ordinamento articolato, complesso e completo, nel cui ambito trovano riconoscimento e tutela non solo le libertà fondamentali di circolazione e di scambio, ma anche l'insieme delle istanze che sono patrimonio comune delle moderne democrazie: tutela e promozione del lavoro, delle donne e dei giovani, dell'ambiente, della cultura e molte altre. La Rivista ha il pregio di collocarsi tra i principali strumenti di conoscenza e di riflessione su questa realtà, conoscenza e riflessione che alimentano la consapevolezza dell'importanza, per il futuro delle democrazie europee, del perseguimento del percorso di integrazione e che ci inducono a restare uniti insieme a Paesi che, pure con storie e culture diverse, quei valori condividono. Gli ultimi ripensamenti di tanti nel Regno Unito sono significativi.

Il premio Selvaggi per la stampa storico-giuridica è oggi pertanto giustamente, con grande e incontestabile merito, attribuito a *Studi sull'integrazione europea*.



Articoli

Ugo Villani*

Metodo comunitario e metodo intergovernativo nell'attuale fase dell'Unione europea**

SOMMARIO: 1. Caratteri del metodo comunitario. – 2. Sua coesistenza con il metodo intergovernativo. – 3. Tendenze ad ampliare il metodo comunitario. – 4. Opposte tendenze a favore del metodo intergovernativo. – 5. Accentuazione del metodo intergovernativo nella prassi più recente. – 6. Conclusioni.

* Emerito di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

** Testo rivisto della relazione presentata al Convegno "Sovranazionalità e tendenze sovraniste: quali prospettive per l'Unione europea?", svoltosi all'Università degli studi di Napoli "Parthenope" il 30 novembre-1° dicembre 2018. Sul tema oggetto del presente scritto si vedano: P. REUTER, *La Communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris, 1953; M. BARNIER, A. VITORINO, "La méthode communautaire", CONV 231/02, CONTRIB 80, 2002; F. CAPOTORTI, *Supranational Organizations*, in *Encyclopedia of Public International Law*, IV, Amsterdam, 2002, p. 739 ss.; A. BARBERA, *L'Unione fra metodo comunitario e metodo intergovernativo*, in *Verso la Costituzione europea. Atti dell'incontro di studio. Urbino, 17 giugno 2002*, Milano, 2003, p. 129 ss.; PH. MANIN, *La «méthode communautaire»: changement et permanence*, in *Mélanges en hommage à Guy Isaac. 50 ans de droit communautaire*, I, Toulouse, 2004, p. 213 ss.; P. FOIS, *Dalla CECA all'Unione europea. Il declino della sovranazionalità*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 479 ss.; ID., *Obblighi e poteri degli Stati membri nell'Unione europea*, ivi, 2009, p. 325 ss.; ID., *L'Unione Europea è ancora un'organizzazione internazionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 371 ss.; ID., *Gli sviluppi del processo di integrazione europea dal Trattato di Roma ad oggi. Il ruolo degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 249 ss.; A. MERKEL, *Speech by Federal Chancellor Angela Merkel at the opening ceremony of the 61st academic year of the College of Europe in Bruges on 2 November 2010*, reperibile online; R. PERISSICH, *Dal «metodo comunitario» al «metodo dell'Unione»*, in G. AMATO, R. GUALTIERI (a cura di), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Bagno a Ripoli, 2013, p. 267 ss.; G. GRIN, *Méthode communautaire et fédéralisme: les legs de Jean Monnet à travers ses archives*, Lausanne, 2014; A. VAN WAHEYENBERGE, *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne. Évolution de la méthode communautaire*, Bruxelles, 2015; C. CURTI GIALDINO, *Il processo di integrazione europea a 60 anni dalla dichiarazione di Messina: prospettiva federale versus logica intergovernativa*, in L. PANELLA (a cura di), *Le sfide dell'Unione europea a 60 anni dalla Conferenza di Messina*, Napoli, 2016, p. 27 ss.; L. DANIELE, *Misure anti-crisi, riforma della governance della zona euro e assetto istituzionale della UEM*, in A. TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma. Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 253 ss.; ID., *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale – Ordinamento – Tutela giurisdizionale – Competenze*, Milano, 2018, VI ed., pp. 6-17 e 21-24; G.L. TOSATO, *L'Unione economica e monetaria: evoluzione e criticità legali*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 223 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, II ed., pp. 32-37 e 72-73; J.-C. BARBIER (dir.), *Un retour des nations en Europe? Réflexions sur la crise politique de l'Union européenne*, Paris, 2018; G. CAGGIANO, *Il processo decisionale dell'Unione europea a fronte del crescente sovranismo euroscettico. Ritorno al metodo intergovernativo per la "questione europea dell'immigrazione"?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 553 ss.; U. VILLANI, *Crisi dell'Unione, "fuga" dall'Europa e iniziative di rilancio*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 3 ss.

1. Le novità che le Comunità europee (come, poi, l'Unione europea), sin dalla loro nascita, presentano rispetto alle altre organizzazioni internazionali hanno indotto a individuare un metodo di funzionamento e di operatività, tipico di tali Comunità, denominato "comunitario", ma non definito in via normativa e soggetto a descrizioni anche divergenti nella dottrina. Tale metodo si contrappone a quello "intergovernativo", proprio delle organizzazioni internazionali classiche, e i suoi caratteri possono delinearli in rapporto alle peculiarità del fenomeno delle Comunità europee, che, sintetizzate nella loro "sovrnazionalità", le differenziano dalle altre organizzazioni internazionali.

In queste ultime, per quanto riguarda la loro struttura (e pur con le differenze che sussistono tra di loro), gli Stati membri sono rappresentati esclusivamente dai propri governi, mentre non vi è alcuna partecipazione popolare. Inoltre, sebbene vi siano organi di individui, anzitutto il Segretario generale, che curano l'interesse generale dell'organizzazione, essi hanno funzioni esecutive e amministrative, mentre il potere decisionale si concentra negli organi a formazione governativa. Il funzionamento dell'organizzazione, pertanto, si basa sull'opera diplomatica, sul negoziato, sia pure informale, tra i rappresentanti governativi degli Stati membri, nella ricerca di una volontà condivisa tra tutti tali Stati (se l'unanimità è la regola di votazione), o almeno della maggioranza (se questa è sufficiente per l'adozione della risoluzione). In questo modello decisionale, pertanto, emergono gli interessi particolari degli Stati membri, anche se destinati – ove si raggiunga l'unanimità o la maggioranza prescritta – a tradursi in atti organici. Manca, invece, l'espressione degli interessi autonomi e obiettivi dell'organizzazione, così come, almeno in via diretta, una rappresentanza dei popoli dei suddetti Stati. Il metodo di funzionamento dell'organizzazione, dunque, è esclusivamente intergovernativo.

Anche riguardo ai destinatari degli atti dell'organizzazione, in quelle tradizionali essi sono solo gli Stati membri; spetta poi a essi dare esecuzione, all'interno dei propri ordinamenti, agli obblighi nascenti da tali atti (o, se lo ritengono, sollecitazioni derivanti da raccomandazioni), adottando gli opportuni provvedimenti normativi. In definitiva, per quanto riguarda la partecipazione alla vita dell'organizzazione, l'assunzione delle sue decisioni, l'esecuzione dei suoi atti, lo Stato membro, per un verso, è il protagonista dell'azione dell'organizzazione, per altro verso, si interpone quale un diaframma tra l'organizzazione e la propria comunità.

Le novità delle Comunità europee rispetto a questo modello sono messe in luce con particolare nitidezza dalla celebre sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend en Loos*, la quale offre una ricostruzione teorica e sistematica della CEE e del suo ordinamento giuridico, teso peraltro, principalmente, ad affermare l'effetto diretto delle norme del Trattato. Com'è noto, in tale sentenza la Corte di giustizia dichiara che "lo scopo del Trattato CEE, cioè l'instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità implica che esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti" e che "la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini".

Le novità delle Comunità europee sono espresse già nel loro attributo di “sopranazionalità”, esplicitamente presente nell’art. 9 del Trattato di Parigi del 18 aprile 1951 istitutivo della CECA per designare l’Alta Autorità e largamente impiegato dalla dottrina formata già rispetto a questa Comunità. Vari elementi concorrono a caratterizzare la sopranazionalità, elementi non del tutto nuovi nella esperienza delle organizzazioni e che, presi singolarmente, possono rinvenirsi anche in alcune organizzazioni internazionali esistenti; ma che, considerati complessivamente, rappresentano un dato esclusivo delle Comunità europee. Essi consistono nella presenza di autorità di governo indipendenti dagli Stati membri e portatori dell’interesse generale della Comunità, come l’Alta Autorità e la Commissione e, pur con le sue peculiari competenze, la Banca centrale europea; nell’indipendenza del processo decisionale dalla volontà dei singoli Stati membri; nella partecipazione dei cittadini degli Stati membri alla vita della Comunità in quanto rappresentati nel Parlamento europeo (e, in una diversa connotazione, nel Comitato economico e sociale); nel trasferimento sia pure parziale di poteri sovrani, in specie di carattere “legislativo”, alle istituzioni europee; nel rapporto diretto fra tali istituzioni e i cittadini degli Stati membri, destinatari di diritti, tutelabili dinanzi ai giudici nazionali, e di obblighi giuridici; nel ruolo di garanzia del rispetto del diritto conferito alla Corte di giustizia.

In questo quadro il metodo comunitario si caratterizza anzitutto per il processo decisionale, affidato non solo al Consiglio, istituzione rappresentativa dei governi degli Stati membri, ma anche alla Commissione, che rappresenta l’interesse generale della Comunità (come poi dell’Unione), la quale detiene il monopolio della iniziativa legislativa, e al Parlamento europeo, istituzione rappresentativa dei cittadini dell’Unione europea, il quale si pone come colegislatore accanto al Consiglio nella procedura di codecisione (divenuta la procedura legislativa ordinaria con il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007). Sempre sul piano del processo decisionale il metodo comunitario implica votazioni a maggioranza nel Consiglio, così affrancando le sue deliberazioni dalla volontà di ciascuno Stato membro. Essenziale nel metodo comunitario, sin dalle origini delle Comunità, è il potere delle istituzioni europee di adottare atti obbligatori non solo verso gli Stati membri, ma anche verso gli individui (persone fisiche e persone giuridiche) e direttamente applicabili nei loro riguardi. In corrispondenza all’ampiezza e alla intensità dei poteri delle Comunità il metodo comunitario postula il controllo giudiziario della Corte di giustizia, in particolare sulla legittimità degli atti suddetti e sulla loro osservanza da parte degli Stati membri. Il metodo si completa con l’applicazione di quei principi generali che formano l’architettura dell’ordinamento dell’Unione, a cominciare dal principio dell’effetto diretto e da quello del primato del suo diritto rispetto a quello degli Stati membri.

2. Il metodo comunitario, come sopra delineato, è quello che potremmo chiamare “puro”, cioè pienamente corrispondente a un modello di comunità sopranazionale, “depurato” dai condizionamenti governativi che determinano l’azione (talvolta ... l’inerzia) delle organizzazioni internazionali classiche.

Nelle Comunità europee tale metodo, in realtà, sin dalle loro origini ha sempre convissuto con quello intergovernativo. Anzi, quest’ultimo si è accentuato nel passaggio dalla prima esperienza della CECA alla nascita della CEE con il Trattato di Roma del 25 marzo 1957. Nella CECA, infatti, l’istituzione dotata di poteri decisio-

nali era l'Alta Autorità, formata da individui indipendenti ed espressamente qualificata – come si è detto – sopranazionale, mentre il Consiglio speciale dei Ministri, costituito, appunto, dai Ministri degli Stati membri, aveva funzioni consultive (anche se talvolta i suoi pareri erano vincolanti per l'Alta Autorità), così come l'Assemblea comune. Questo predominio dell'Alta Autorità – con forte accentuazione del metodo comunitario – era stato possibile non solo per il limitato ambito delle competenze materiali della CECA, ma anche per il fatto che essa aveva compiti essenzialmente di tipo “amministrativo”. Nella CEE, sia per l'ampiezza delle materie di sua competenza, sia, forse ancor più, per il conferimento alla stessa di funzioni marcatamente “normative”, l'equilibrio istituzionale si spostava sensibilmente a favore dell'istituzione a composizione governativa, il Consiglio, al quale spettava il potere di adottare gli atti giuridicamente obbligatori; la Commissione, peraltro, deteneva il monopolio nella formulazione della proposta, mentre l'Assemblea, poi Parlamento europeo, malgrado l'enfasi della sentenza *van Gend en Loos* riguardo a tale istituzione, aveva un generale potere meramente consultivo, pur se, solitamente, la sua consultazione era obbligatoria (ma non era vincolante il suo parere).

Il metodo intergovernativo trovava piena attuazione nel sistema di votazione del Consiglio, nel quale era diffusa la regola della unanimità, che diventò di applicazione generale in virtù del c.d. compromesso di Lussemburgo del 28 e 29 gennaio 1966. Per converso, la rappresentatività dell'Assemblea era pressoché virtuale. Com'è noto, essa, fino al 1979, era formata da parlamentari nazionali eletti dai rispettivi parlamenti, senza neppure una rappresentanza proporzionale rispetto ai diversi gruppi politici, e, naturalmente, senza alcuna consapevolezza dei cittadini in merito alla elezione di tali parlamentari (e, talora, con una scarsa consapevolezza del proprio ruolo negli stessi parlamentari).

Gli sviluppi dell'integrazione europea, sotto alcuni profili, avevano persino accentuato l'applicazione del metodo intergovernativo. Ciò era avvenuto, anzitutto, con la nascita dell'Unione europea, grazie al Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, e la sua struttura in “pilastri”. I due pilastri non comunitari, il secondo concernente la politica estera e di sicurezza comune (PESC) e il terzo la giustizia e affari interni (GAI), pur accomunati alla Comunità europea dall'unicità del quadro istituzionale, se ne differenziavano profondamente, presentandosi come settori di cooperazione tra gli Stati membri, piuttosto che di integrazione in una entità sopranazionale. La PESC e la GAI, infatti, si distinguevano dal pilastro comunitario per la distribuzione dei poteri tra le istituzioni, per il tipo di atti adottabili, per i loro effetti, per il controllo giudiziario. In tali pilastri il ruolo centrale e determinante spettava alle istituzioni governative, mentre limitato, o pressoché inesistente, specie nella PESC, era quello delle istituzioni non governative, quali la Commissione e il Parlamento europeo. I poteri si concentravano, infatti, nel Consiglio europeo e nel Consiglio, dove prevaleva la regola dell'unanimità (che domina tuttora la PESC). Era possibile l'emanazione di atti obbligatori, restando però rigorosamente esclusa l'efficacia diretta, che è una caratteristica tipica del metodo comunitario. La competenza della Corte di giustizia era limitata nel terzo pilastro e del tutto esclusa nella PESC.

Anche l'inserimento nell'Unione del Consiglio europeo aveva comportato una estensione del metodo intergovernativo. Esso, nato come vertice dei capi di Stato o di governo nel 1961, formalizzato nel vertice di Parigi del 9-10 dicembre

1974, previsto espressamente dall'Atto unico europeo del 17 e 28 febbraio 1986, è stato incluso nella struttura dell'Unione con il Trattato di Maastricht del 1992 e dal Trattato di Lisbona del 2007 ha ricevuto la qualifica di istituzione. Il Consiglio europeo è l'espressione, al più alto livello, del metodo intergovernativo, sia per la sua composizione – i capi di Stato o di governo – sia per la regola generale delle sue delibere, che vanno adottate mediante consenso: questo, com'è evidente, richiede un'opera squisitamente diplomatica e negoziale. Va poi sottolineato che il Consiglio europeo, oltre alle competenze nella PESC (coerenti con il carattere intergovernativo di questa politica), svolge un ruolo politico nell'intero arco delle materie dell'Unione. E se tale ruolo ha prodotto talora effetti positivi, per sbloccare situazioni di stallo, o ha condotto a decisioni fondamentali per gli sviluppi dell'integrazione europea, esso, tuttavia, finisce per erodere i poteri e le competenze del Consiglio e della stessa Commissione, in una logica verticistica e puramente intergovernativa.

Si ricordi, infine, che il metodo intergovernativo regge tuttora la procedura di revisione dei Trattati europei, per quanto oggi temperato dalla costituzione, nella procedura ordinaria, di una convenzione composta da rappresentanti dei parlamenti nazionali, dei capi di Stato o di governo, del Parlamento europeo e della Commissione. Sebbene la convenzione esamini il progetto di modifica e adotti mediante consenso una raccomandazione a una conferenza intergovernativa degli Stati membri, è quest'ultima che “di comune accordo” adotta le modifiche, le quali entrano in vigore dopo essere state ratificate da tutti gli Stati membri. Anche le procedure semplificate, attribuendo il potere di adottare delle modifiche al Consiglio europeo che delibera all'unanimità, subordinano la modifica al consenso di tutti gli Stati membri.

3. Volendo fare lo “stato dell'arte” nell'odierno momento, alla luce dell'assetto normativo risultante dal Trattato di Lisbona, notiamo tendenze evolutive, per così dire, bidirezionali, in quanto alcune spingono verso l'ampliamento del metodo comunitario, altre per l'accentuazione di quello governativo.

Le prime si manifestano, per esempio, nella “comunitarizzazione” del terzo pilastro, realizzata in larga parte con il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 e completata con il Trattato di Lisbona. Le materie rientranti nella GAI sono state così sottratte alla “cooperazione” tra gli Stati membri per essere sottoposte pienamente alle istituzioni, alle competenze, ai poteri tipici del sistema comunitario (nel frattempo denominato “dell'Unione europea”).

In questa tendenza va inquadrata anche l'eliminazione della struttura a pilastri effettuata dal Trattato di Lisbona. Per quanto riguarda la PESC, peraltro, l'unificazione nel quadro generale dell'Unione europea è solo apparente. Essa resta soggetta a norme e procedure specifiche che perpetuano il metodo intergovernativo, con un predominio delle competenze del Consiglio europeo e del Consiglio e della regola di votazione della unanimità. Ma un'importante “incursione” della Corte di giustizia, la quale è competente a pronunciarsi sui ricorsi riguardanti il controllo sulla legittimità delle decisioni del Consiglio che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche (art. 275, co. 2, TFUE), insinua un elemento tipico del metodo comunitario nella costruzione essenzialmente intergovernativa della PESC.

Una estensione del controllo giudiziario si verifica persino nei confronti del Consiglio europeo riguardo alla legittimità dei suoi atti destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi (art. 263, co. 1, TFUE), nonché nell'ipotesi in cui esso, in violazione dei Trattati, si astenga dal pronunciarsi (art. 265, co. 1, TFUE).

In merito ai procedimenti decisionali merita di essere sottolineata la ricordata generalizzazione della codecisione come procedura legislativa ordinaria (art. 289, par. 1, TFUE) – anche se con eccezioni non marginali –, il che fa del Parlamento europeo, istituzione squisitamente comunitaria, il colegislatore accanto al Consiglio. Un analogo riequilibrio tra le due istituzioni si determina per l'approvazione del bilancio (art. 314 TFUE), pur se soltanto per quanto riguarda le spese, non anche le entrate.

Sempre riguardo ai procedimenti decisionali va segnalata anche la previsione, quale regola generale di votazione nel Consiglio, della maggioranza qualificata (art. 16, par. 3, TUE), la quale è idonea ad affrancare le deliberazioni del Consiglio dalla volontà del singolo Stato membro. Non mancano, peraltro, vistose eccezioni nelle quali è richiesta l'unanimità. Inoltre nel sistema di votazione a maggioranza qualificata viene inserito un elemento non governativo, ma demografico, in quanto la maggioranza richiesta (di norma il 55% dei membri) deve rappresentare almeno il 65% della popolazione dell'Unione (art. 16, par. 4, TUE).

Anche la Corte di giustizia ha più volte esercitato nella maniera più ampia le proprie competenze, così da estendere il suo controllo sul rispetto del diritto in campi diversi da quello originario del diritto "comunitario". Così, già anteriormente al Trattato di Lisbona, essa ha affermato la propria competenza a interpretare in via pregiudiziale il Trattato CECA o gli atti da essa emanati, quantunque l'art. 41 dello stesso Trattato prevedesse espressamente la sola competenza a giudicare, a titolo pregiudiziale, della validità degli atti della CECA (sentenza del 22 febbraio 1990, causa C-221/88, *Busseni*). La Corte, inoltre, nella sentenza del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, ha ampliato l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale, rispetto agli obblighi comunitari, alle decisioni-quadro non eseguite, nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, sebbene esso fosse ricavato dall'obbligo di leale cooperazione previsto, all'epoca, dall'art. 10 del Trattato CE e la materia in oggetto fosse del tutto estranea a quest'ultimo Trattato. Successivamente al Trattato di Lisbona, con la sentenza del 20 settembre 2016, cause da C-8/15 P a C-10/15 P, *Ledra Advertising Ltd e altri c. Commissione e BCE*, la Corte di giustizia ha sindacato il comportamento della Commissione al di fuori dell'ordinamento dell'Unione europea, affermando che essa ha il dovere di rispettare la Carta dei diritti fondamentali al momento della stipulazione di un protocollo d'intesa con uno Stato membro a nome del Meccanismo europeo di stabilità, istituito con il Trattato di Bruxelles del 2 febbraio 2012 ed estraneo al diritto dell'Unione. In materia di PESC la Corte di giustizia ha affermato la propria competenza a controllare la legittimità di decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, non solo a seguito del ricorso diretto di annullamento ai sensi dell'art. 263 TFUE (l'unico richiamato dall'art. 275, co. 2, TFUE), ma anche in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE (sentenza del 28 marzo 2017, causa C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company*).

Questa giurisprudenza espansiva della competenza della Corte mostra anch'essa una tendenza ad ampliare l'ambito del metodo comunitario, del quale il controllo

giudiziario sul rispetto dell'ordinamento giuridico dell'Unione rappresenta un elemento essenziale.

4. Il quadro vigente dell'ordinamento dell'Unione rivela anche una tendenza di segno opposto, volta ad affermare il metodo intergovernativo.

Essa risulta, per esempio, da una limitazione alla regola della maggioranza qualificata nel Consiglio contenuta nella Dichiarazione n. 7 allegata all'atto finale della Conferenza di Lisbona, che appare ispirata al ricordato compromesso di Lussemburgo del 1966 e a quello di Ioannina, adottato con decisione del Consiglio 94/C105/01 del 29 marzo 1994. Secondo quest'ultima, quando la minoranza, pur non essendo sufficiente a impedire l'adozione della deliberazione, era numericamente importante, il Consiglio avrebbe fatto tutto il possibile per raggiungere entro un tempo ragionevole una soluzione soddisfacente che potesse convogliare una maggioranza più ampia di quella minima necessaria per l'approvazione. La suddetta Dichiarazione n. 7 ripropone un analogo meccanismo: se un numero di membri del Consiglio che rappresenta almeno il 55% della popolazione, o almeno il 55% del numero degli Stati membri, necessari per costituire una minoranza di blocco (tale, cioè, da impedire l'approvazione della delibera), manifesta l'intenzione di opporsi all'adozione di un atto a maggioranza qualificata, il Consiglio discute la questione facendo tutto il possibile per raggiungere entro un tempo ragionevole una soluzione soddisfacente che tenga conto delle preoccupazioni manifestate da tali membri. A questo fine il Presidente del Consiglio mette in atto, con l'assistenza della Commissione, qualsiasi iniziativa necessaria per facilitare la realizzazione di una più ampia base di accordo nel Consiglio. Come si vede, qui ci si riferisce espressamente all'obiettivo di raggiungere un accordo tra i membri del Consiglio, il che può avvenire solo con un negoziato tra gli stessi membri, strumento tipico di carattere diplomatico, facilitato dal Presidente in veste di mediatore.

Anche i c.d. freni di emergenza, presenti nel Trattato di Lisbona, rispondono a una logica intergovernativa. Essi sono previsti nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale dagli articoli 82, par. 3, e 83, par. 3, TFUE. Se un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Nel Consiglio europeo si svolge una discussione che può condurre a un consenso, nel qual caso il Consiglio europeo rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria. In caso di disaccordo si apre la possibilità di instaurare una cooperazione rafforzata se lo desiderino almeno nove Stati membri. Analoga (ma senza la previsione di una cooperazione rafforzata) è la disciplina concernente l'adozione di atti legislativi in materia di sicurezza sociale, qualora un membro del Consiglio dichiari che un progetto lede aspetti importanti del suo sistema di sicurezza sociale, in particolare per quanto riguarda il campo di applicazione, i costi o la struttura finanziaria, oppure ne altera l'equilibrio finanziario (art. 48, co. 2, TFUE), e quella, in materia di politica estera e di sicurezza comune, che consente a un membro del Consiglio di opporsi, per specificati e vitali motivi di politica nazionale, all'adozione di una decisione a maggioranza qualificata (art. 31, par. 2, TUE). Nella normativa in discorso si evidenzia, da un lato, il potere di un sin-

golo Stato di impedire l'adozione di una delibera a maggioranza, dall'altro, il ricorso al negoziato intergovernativo, al livello più verticistico del Consiglio europeo.

In una simile lunghezza d'onda si collocano le disposizioni che contemplano la facoltà di singoli Stati membri di sottrarsi al diritto dell'Unione in determinate materie o di parteciparvi solo in base a una propria dichiarazione (clausole c.d. di *opting out* o di *opting in*). Anche esse, invero, demandano alla volontà del singolo Stato membro l'applicazione del diritto dell'Unione, che resta così subordinata alla disponibilità di tale Stato e al suo controllo.

Un'attenuazione, quanto meno, della opzione per il metodo comunitario risulta dalla eliminazione, da parte del Trattato di Lisbona, dell'obiettivo dell'Unione, previsto dai testi precedenti, di “mantenere integralmente l'*acquis* comunitario e svilupparlo al fine di valutare in quale misura si renda necessario rivedere le politiche e le forme di cooperazione instaurate dal Trattato UE allo scopo di garantire l'efficacia dei meccanismi e delle istituzioni comunitarie”. Tale obiettivo significava anzitutto che l'azione dell'Unione non poteva in alcun caso pregiudicare o rimettere in discussione il complesso delle realizzazioni e dei risultati conseguiti (mentre oggi l'art. 48, par. 2, TUE consente di ridurre le competenze dell'Unione), ma doveva tendere costantemente all'approfondimento e al progresso di tali realizzazioni. Il riferimento all'*acquis* comunitario aveva, peraltro, un ulteriore, più specifico significato. Messo in rapporto con la valutazione della possibilità di rivedere le politiche e le forme di cooperazione instaurate dal Trattato UE allo scopo di garantire l'efficacia dei meccanismi e delle istituzioni comunitarie, lo sviluppo dell'*acquis* appariva diretto a promuovere il passaggio di settori appartenenti al secondo e al terzo pilastro nell'ambito di quello comunitario. Sotto questo profilo esso tendeva a favorire una “comunitarizzazione” delle politiche intergovernative, al pari di quanto era accaduto, con il Trattato di Amsterdam del 1997, per importanti settori della GAI, trasferiti dal terzo pilastro dell'Unione al titolo IV del Trattato CE. La soppressione dell'obiettivo dell'*acquis* segna, quindi, una certa “freddezza” per il metodo comunitario.

Infine l'esplicita previsione del recesso volontario, non subordinato ad alcuna condizione di carattere sostanziale, introduce nel diritto dell'Unione un istituto tipicamente internazionalistico destinato a rompere, nei rapporti tra lo Stato recedente e gli altri Stati membri, l'integrazione del sistema comunitario. Rispetto alla dichiarazione del 29 marzo 2017 dell'intenzione del Regno Unito di recedere dall'Unione la Corte di giustizia, nella sentenza del 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Andy Wightman e altri c. Secretary of State for Exiting the European Union*, pur ribadendo che “i Trattati istitutivi che costituiscono la carta costituzionale di base dell'Unione (...), hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi”, ha riconosciuto nei termini più ampi la sovranità del Regno Unito, qualificando come decisione dipendente esclusivamente da una sua scelta sovrana non solo – come appare corretto – quella di recedere, ma anche quella di revocare tale recesso in via unilaterale, il che, alla luce dell'art. 50 TUE, sembra almeno dubbio. Si aggiunga che, nelle sempre più complicate vicende che stanno caratterizzando l'uscita (se ci sarà) del Regno Unito, le sue condizioni e i suoi tempi,

il confronto sembra concentrarsi tra il Regno Unito, il Consiglio europeo e i principali Stati membri, secondo schemi tipici del diritto e delle relazioni internazionali classiche.

5. La prassi più recente mostra una accentuazione del metodo intergovernativo, sia nella condotta delle istituzioni europee che in quella degli Stati membri.

Essa risulta da vari fenomeni. Uno è rappresentato dal ruolo preponderante assunto dal Consiglio europeo non solo sul piano, di carattere fisiologico, degli impulsi necessari allo sviluppo dell'Unione e della definizione degli orientamenti e delle priorità politiche generali (art. 15, par. 1, TUE), ma anche con ripetute “invasioni di campo” in materia di competenza di altre istituzioni (o, comunque, estranee, alla sua); per esempio, inserendosi con proprie proposte in una procedura legislativa pressoché conclusa con l'accordo tra il Parlamento e il Consiglio concernente la protezione dei brevetti, o richiedendo agli Stati membri (in contrasto con quanto previsto dai Trattati) l'adozione per consenso di decisioni relative all'immigrazione, come la riforma del regolamento di Dublino (regolamento UE n. 604/2013 del 26 giugno 2013), e alla Commissione una serie di proposte per fronteggiare la crisi finanziaria iniziata nel 2008.

Per quanto riguarda l'atteggiamento degli Stati membri è sempre più diffusa la conclusione di accordi o “intese” tra di loro, a preferenza dell'adozione di atti dell'Unione nelle competenti sedi istituzionali. Ciò accade frequentemente in materia di immigrazione, con una cooperazione bilaterale per il trasferimento del richiedente asilo tra lo Stato nel quale si trova e quello competente a esaminare le domande. Frequenti sono le intese, che coinvolgono più Stati membri, sulla redistribuzione di migranti sbarcati nei porti di uno Stato membro, come nel recente caso di quelli scesi a Malta il 9 gennaio 2019 dopo diciannove giorni in mare a bordo di due navi delle organizzazioni non governative, *Sea Watch* e *Sea Eye*, e trasferiti fra otto Stati membri.

Ancora in materia di immigrazione va ricordata la Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016. Benché adottata in una riunione del Consiglio europeo con il Primo ministro della Turchia, con la partecipazione del Presidente del Consiglio europeo e di quello della Commissione, il Tribunale dell'Unione ha negato che essa costituisca un accordo internazionale dell'Unione, ma, semmai, degli Stati membri con la Turchia (ordinanze del 28 febbraio 2017, cause T-192, 193 e 257/16, *NF, NG* e *NM* c. *Consiglio europeo*, divenute definitive a seguito dell'ordinanza della Corte del 12 settembre 2018, cause da C-208 a 210/17 P, *NF, NG* e *NM* c. *Consiglio europeo*, che ha respinto le impugnazioni in quanto manifestamente inammissibili).

Riguardo alla libera circolazione delle persone e ai controlli alle frontiere interne è riscontrabile un metodo governativo “unilaterale”, che emerge dalla diffusione di decisioni di singoli Stati di sospendere il meccanismo RCF di Schengen (regolamento UE 2016/399 del 9 marzo 2016 contenente il codice frontiere Schengen).

Nelle vicende che hanno poi condotto alla dichiarazione di recesso del Regno Unito dall'Unione va segnalato l'accordo raggiunto in seno al Consiglio europeo il 19 febbraio 2016 per scongiurare tale recesso (peraltro mai entrato in vigore). Esso, sebbene definito nella decisione dei capi di Stato o di governo, riuniti nel Consiglio

europeo, come strumento di interpretazione dei Trattati, in realtà ne comportava una modifica, perché istituiva uno *status* differenziato per il Regno Unito.

Per fronteggiare la crisi finanziaria ed economica l'Unione ha fatto ricorso sovente ad accordi internazionali estranei al suo sistema giuridico. Ci riferiamo al ricordato Meccanismo europeo di stabilità (MES), istituito con il Trattato di Bruxelles del 2 febbraio 2012. Sebbene la modifica dell'art. 136 TFUE con l'aggiunta di un par. 3, attuata con la decisione del Consiglio europeo 2011/199/UE del 25 marzo 2011, abbia reso il MES compatibile con il diritto dell'Unione, il MES è una organizzazione internazionale distinta e autonoma rispetto all'Unione europea, avente l'obiettivo di salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro, fornendo un'assistenza finanziaria ai membri del MES sulla base di una rigorosa condizionalità. L'assistenza è concessa mediante un protocollo d'intesa con lo Stato in questione, che è firmato dalla Commissione, ma non è un atto dell'Unione ed è imputabile al MES. Sul piano strettamente intergovernativo e del diritto internazionale si pone pure il Trattato di Bruxelles del 2 marzo 2012 sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (c.d. *Fiscal Compact*), il quale, tra l'altro, ha stabilito la "regola aurea" del pareggio di bilancio, prescrivendo che sia inserita nel diritto nazionale delle parti contraenti, preferibilmente mediante disposizioni costituzionali.

6. Non sembra possa dubitarsi che il metodo comunitario vada preferito, poiché coerente con il quadro sistematico dell'ordinamento giuridico dell'Unione e con i suoi caratteri peculiari. Si aggiunga che l'adozione di tale metodo consente di raggiungere più agevolmente e con procedure più snelle gli obiettivi dell'Unione; esemplari, in questo senso, sono i risultati conseguiti nel diritto internazionale privato e processuale, con l'adozione di un ampio numero di regolamenti, a seguito della comunitarizzazione della materia realizzata dal Trattato di Amsterdam del 1997.

Non sarebbe giustificato, tuttavia, "demonizzare" il metodo intergovernativo. In fondo i due metodi, comunitario e intergovernativo, hanno sempre convissuto, in un equilibrio mutevole dovuto alla temperie politica, in corrispondenza alla duplice natura dell'Unione europea, unione di popoli, per un verso, di Stati, per l'altro. Non sorprende che sia stato autorevolmente suggerito, da parte di Angela Merkel, di superare la dicotomia in parola, adottando un "metodo dell'Unione", consistente in un'azione coordinata in uno spirito di solidarietà, ognuno, Stati e istituzioni europee, nell'area per la quale sono responsabili, ma operando tutti verso lo stesso obiettivo. Almeno da un punto di vista giuridico-formale, anche le istituzioni intergovernative, inoltre, hanno una legittimazione democratica, poiché sono formate dai capi di Stato o di governo – il Consiglio europeo – o dai governi – il Consiglio – democraticamente responsabili dinanzi ai rispettivi parlamenti nazionali o dinanzi ai propri cittadini (art. 10, par. 2, co. 2, TUE). L'esperienza dimostra, inoltre, che talvolta il metodo intergovernativo ha messo in moto uno sviluppo positivo che, iniziato al di fuori dell'Unione, si è poi integrato nel suo ordinamento, come gli Accordi di Schengen.

Il fenomeno odierno, però, non consiste semplicemente in un riequilibrio tra i due metodi, comunitario e intergovernativo, a favore di quest'ultimo. Il ricorso a strumenti e logiche intergovernative, oggi, rappresenta una "fuga" dall'U-

nione europea, cioè dalle sue istituzioni, dalle sue procedure, dai suoi principi, dalle sue regole, dai suoi meccanismi di controllo, in materie pur appartenenti alle competenze dell'Unione. Considerando gli accordi sopra ricordati, notiamo che quello del 19 febbraio 2016 sullo *status* del Regno Unito ha comportato l'elusione delle norme, e delle competenze istituzionali, relative alla revisione dei Trattati (comprese le competenze dei parlamenti nazionali). Il Trattato MES e il *Fiscal Compact* sfuggono, in principio, al controllo giudiziario della Corte e a quello democratico del Parlamento europeo. In particolare, gli atti emanati dagli organi del MES e i protocolli d'intesa con gli Stati destinatari dell'assistenza finanziaria sono sottratti a qualsiasi controllo di legittimità della Corte di giustizia. Quanto ai controlli democratici, il Parlamento europeo è estraneo al MES e ha un ruolo ben modesto nel *Fiscal Compact* (e ciò anche a prescindere dalla sua marginalità nell'Unione economica e monetaria, accresciuta dalle modifiche adottate dopo l'inizio della crisi finanziaria). Quanto alla Dichiarazione UE-Turchia, essa, considerata dal Tribunale dell'Unione come estranea all'ordinamento dell'Unione, finisce per eludere le norme dei Trattati sulla stipulazione dei trattati dell'Unione, ivi comprese quelle sulle competenze del Parlamento europeo e della stessa Corte di giustizia, e per contraddire anche norme materiali sulla tutela dei diritti fondamentali risultanti dalle diverse fonti menzionate dall'art. 6 TUE.

La "fuga" dall'Europa, collocando decisioni, che pur si riflettono sulla vita dell'Unione e dei suoi cittadini, in sedi spesso lontane, opache, talvolta misteriose o quanto meno confuse (si pensi al "labirinto" delle misure anticrisi, ripartite tra atti normativi dell'Unione, accordi esterni, atti di *soft law*), contraddice, inoltre, quei principi di prossimità e di trasparenza che dovrebbero guidare sempre l'adozione delle decisioni (art. 1, co. 2, TUE). E la trasparenza, riguardo alla ricordata Dichiarazione UE-Turchia, è stata ulteriormente appannata dalla sentenza del Tribunale del 7 febbraio 2018, causa T-852/16, *Access Info Europe c. Commissione*, che ha negato l'accesso ai documenti del servizio giuridico della Commissione vertenti sulla legittimità delle misure adottate dall'Unione e dai suoi Stati membri in attuazione di tale Dichiarazione.

L'attuale uso del metodo intergovernativo, in definitiva, conduce alla elusione dei principi e dei valori fondanti dell'Unione europea, in specie il valore della democrazia incarnato dal Parlamento europeo e quello della *rule of law*, che postula un pieno esercizio del controllo giudiziario a opera della Corte di giustizia. Paradossalmente – ma, invero, a causa di disinformazione e di travisamento dei dati reali, spesso opera dei media e di soggetti politici – questo fenomeno, frutto di un nuovo, esasperato nazionalismo, finisce per alimentare ulteriormente pulsioni "sovraniste", additando l'Unione europea come responsabile di ogni problema e difficoltà, che, spesso, invece, sono il risultato delle scelte politiche degli Stati e dei loro governi.

Abstract

Community Method and Intergovernmental Method in the Present Phase of the European Union

The originality of the European Communities (as well as of the European Union), compared with traditional international organizations, implies a different method of operation, that is generally named ‘community method’. While in the intergovernmental method of classical organizations the decision-making belongs to governmental organs, such as a Council or a General Assembly, and there is no representation of the peoples of member States, in the ‘pure’ community method it is a supranational institution – the Commission – that has the power to present a proposal for a binding act, the decision-making is shared between the European Parliament (that represents the citizens of the Union) and the Council, and the control on the respect of law is secured by the Court of Justice.

The community method and the intergovernmental method have always coexisted in the history of European integration. Yet, in recent years, on the occasion of the financial and economic crisis of the European Union, of the migration crisis, as well as of Brexit, the balance between the two methods has shifted in favour of the intergovernmental method. This has often given rise to departing from the procedures, the competencies, the democratic and judicial controls of the European Union order.

Paolo Fois*

L'“Europa flessibile” e il consenso degli Stati membri

SOMMARIO: 1. Interesse di un'indagine sulla sottovalutata questione del rapporto fra flessibilità e consenso degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. – 2. Rilievo del principio del consenso nei Trattati istitutivi, dal Trattato CECA del 1951 a quello di Lisbona del 2007. – 3. Rapporto fra flessibilità e consenso nelle varie fasi del processo di integrazione: gli Stati membri, “padroni del Trattato”, nel Trattato CEE del 1957. – 4. Prime significative aperture verso il principio di flessibilità nel diritto dell'Unione: il “Rapporto Tindemans” del dicembre 1975. – 5. Flessibilità e consenso negli Accordi di Schengen del 1985 e del 1990, alla luce delle conclusioni del Consiglio europeo di Fontainebleau del 1984 e dell'Atto unico europeo del 1986. – 6. Gli sviluppi del rapporto in questione nel Trattato di Maastricht del febbraio 1992. – 7. Il Trattato di Amsterdam dell'ottobre 1997: la “cooperazione rafforzata” e l'“integrazione dell'*acquis* di Schengen”. – 8. Il Trattato di Nizza del febbraio 2001 e quello di Prüm del maggio 2005. – 9. Le norme in tema di flessibilità contenute nel Trattato di Lisbona del dicembre 2007. La conclusione del Trattato MES (febbraio 2012) e del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (marzo dello stesso anno). – 10. Costante rapporto fra flessibilità e consenso nelle decisioni adottate in tema di flessibilità. – 11. Cenni sulle recenti proposte di ispirazione federalista, finalizzate ad una “rifondazione” dell'Unione europea. – 12. Valutazione critica di tali proposte, in quanto basate su una flessibilità senza consenso.

1. Da circa 10 anni, il dibattito politico e dottrinale sui temi europei si è arricchito di numerosi contributi, volti ad interrogarsi sul futuro dell'Europa e sui contenuti di una riforma che consenta all'Unione di far fronte a problemi, vecchi e nuovi, suscettibili secondo una diffusa opinione di minacciare la sua stessa esistenza. Al tempo stesso, una tale riforma dovrebbe tener conto di una diffusa insoddisfazione nei confronti di talune politiche di integrazione, per costruire un sistema che possa, dopo tante promesse, avvicinare realmente l'Unione ai cittadini europei.

Se da un lato, per quel che riguarda la necessità di una riforma, è possibile constatare l'esistenza di un'ampia convergenza di opinioni, si rilevano d'altro lato tesi diverse circa i percorsi da seguire e gli strumenti giuridici da utilizzare perché la riforma stessa possa essere portata a compimento. La via maestra – quella di una revisione dei Trattati istitutivi secondo la procedura ordinaria (art. 48 TUE, par. 2 ss.) – da tutti auspicata, si rivela oggi, specie per i vivaci contrasti fra Stati “euro-peisti” e “sovranisti”, difficilmente percorribile, ed anche la procedura semplificata di revisione (art. 48 TUE, par. 6 ss.), a parte la sua limitata portata, incontra evidenti ostacoli.

* Emerito di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Sassari.

Le difficoltà ora accennate aiutano a comprendere perché l'attenzione di molte personalità politiche e di gran parte della dottrina venga sempre più attirata dall'istituto dell'"integrazione differenziata"¹: da quei procedimenti, in sostanza, che senza necessariamente dar luogo ad una revisione formale dei Trattati, consentono di raggiungere un accettabile compromesso fra le esigenze dei Paesi membri che intendono procedere più velocemente sulla via dell'integrazione e quelle degli Stati che circa la necessità di una tale accelerazione più o meno decisamente dissentono.

Il significativo contributo che l'istituto dell'integrazione differenziata ha indubbiamente dato alla costruzione sia di un'Europa "più flessibile"², sia allo stesso sviluppo del processo di integrazione non può, a nostro giudizio, far trascurare che vi è un aspetto della flessibilità e della differenziazione che è stato, assai spesso, pressoché ignorato. Intendiamo riferirci al rapporto fra la flessibilità del diritto dell'Unione e il consenso manifestato dalla totalità degli Stati membri nei confronti dell'adozione, da parte di alcuni di essi, di specifiche regole. Si tratta in sostanza di accertare se regole siffatte siano state adottate unilateralmente e incondizionatamente da un limitato gruppo di Stati membri, ovvero se la conseguente differenziazione debba essere messa in relazione con il consenso che, anteriormente o successivamente, gli altri membri hanno manifestato al riguardo. Con la precisazione, tuttavia, di non voler essere vincolati da tali regole.

Un'indagine – quella ora delineata – che ci proponiamo di condurre analizzando come la flessibilità si sia sviluppata nel corso degli anni, a partire dal Trattato CEE del 25 marzo 1957, per interrogarci poi sulle prospettive future, valutando se anche le proposte di riforma in precedenza richiamate siano rispondenti all'esigenza di edificare un'"Europa flessibile" basata sul consenso.

2. La prevista indagine sul rapporto fra flessibilità e consenso³ si rivela strettamente collegata, se ben si osserva, con un aspetto del diritto dell'Unione europea al

¹ Fra i più recenti scritti specificamente dedicati all'integrazione differenziata, conviene citare: A. CANNONE, *Integrazione differenziata (Diritto dell'Unione europea)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, VI, 2013, p. 335 ss.; M. CONDINANZI, *L'integrazione differenziata nell'ambito dell'Unione europea*, in *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, Napoli, 2015, p. 405 ss.; A.D. THIM, *Competing Models for Understanding Differentiated Integration*, in B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *Between Flexibility and Disintegration. The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Cheltenham, 2017, p. 28 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, V ed., p. 109 ss.; E. PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, Bari, 2018.

² Sul sempre più frequente ricorso alla tecnica della differenziazione hanno sicuramente influito i positivi riflessi che sugli sviluppi del processo di integrazione europea hanno esercitato gli Accordi di Schengen, inizialmente conclusi da un numero limitato di Stati membri e successivamente integrati nel quadro giuridico dell'Unione (su questo punto vedi più ampiamente *infra*, par. 5).

³ Sulla flessibilità del diritto dell'Unione europea, si vedano: C.D. EHLERMANN, *Différenciation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du Traité d'Amsterdam*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1997, p. 53 ss.; G. GAJA, *How Flexible Is Flexibility under the Amsterdam Treaty?*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 855 ss.; J. SHAW, *Flexibility in a "Reorganized" and "Simplified" Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 279 ss.; P. FOIS, *Applicazione differenziata e flessibilità nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 25 ss.; C. LACHI, *Développements récents sur les coopérations renforcées: le difficile équilibre à assurer entre flexibilité et préservation des objectifs de l'Union*, in *Revue des affaires européennes*, 2013, p. 785 ss.; T. GIEGERICH, D.C. SCHMITT, S. ZEITZMANN (eds.), *Flexibility in the EU and Beyond. How Much Differentiation Can European Integration Bear?*, Baden-Baden, 2017; M. DAWSON, A. DURANA, *Modes of Flexibility: Framework Legislation v 'Soft' Law*, in B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *op. cit.*, p. 92 ss.

quale non viene data, il più delle volte, la dovuta importanza: il rilievo che nei Trattati istitutivi riveste il principio del consenso delle Parti contraenti, fondamento ultimo della validità di un ordinamento che molti continuano a definire “sovranazionale”⁴. Se, nel suo insieme, il diritto dell'Unione è basato sul consenso, non dovrebbe essere motivo di sorpresa accertare come anche le decisioni che rendono il diritto dell'Unione più flessibile su questo principio siano in definitiva fondate.

Premesso che le trasformazioni recentemente prodottesi nell'ambito della Comunità internazionale e del suo diritto non hanno messo in discussione il principio del consenso su cui l'accordo internazionale è fondato⁵, conviene precisare che quando si sottolinea il rilievo rivestito dal principio del consenso nei Trattati istitutivi dell'Unione non ci si può limitare a constatare che gli stessi sono basati sull'incontro delle volontà di tutte le Parti contraenti, solennemente manifestato in occasione tanto della firma che della ratifica degli stessi. L'indagine, invero, non può non riguardare la successiva evoluzione di detti Trattati, allo scopo di stabilire se anche la progressiva applicazione delle norme *ivi* contenute, nonché la loro revisione, risultino fundamentalmente ispirate al principio del consenso.

Ad un attento esame, l'impianto dei Trattati istitutivi, dal Trattato di Parigi del 1951 a quello di Lisbona del 2007, si rivela chiaramente indicativo del fatto che in merito al consensualismo le scelte che lo caratterizzano non si discostano dai principi generali del diritto dei trattati, come codificati a Vienna nel 1969. Per quanto riguarda in primo luogo la fondamentale questione della revisione, il criterio seguito è che la modifica delle norme inizialmente concordate richiede l'unanimità dei consensi⁶, escludendo che decisioni a questo riguardo possano essere adottate con il voto favorevole della maggioranza delle Parti contraenti⁷, come invece è previsto in altri trattati istitutivi di organizzazioni internazionali a carattere regionale⁸. Nei Trattati istitutivi la regola generale è invero che le modifiche del testo vengono introdotte con il consenso di tutti gli Stati membri, cui compete negoziare, firmare e ratificare le modifiche in questione⁹. Una decisione all'unanimità del Consiglio

⁴ Sulla questione si rinvia ai nostri rilievi critici nello scritto *Dalla CECA all'Unione europea. Il declino della sovranazionalità*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 479 ss.

⁵ Sulla questione, anche per i riferimenti bibliografici, si rinvia ai nostri scritti *Il consenso degli Stati ad obbligarsi e il principio pacta sunt servanda* (in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 5 ss.) e *Il principio del consenso nel diritto dei trattati, dalla Convenzione di Vienna del 1969 al quadro attuale* (*ivi*, 2018, p. 388 ss.).

⁶ In questo senso cfr. A. GIANELLI, *Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, 2004, p. 241.

⁷ L'unica eccezione era costituita dal non più vigente art. 95, paragrafi 2 e 3, Trattato CECA, riguardante la cosiddetta “piccola revisione”, che escludeva gli Stati membri dai procedimenti diretti ad adattare le regole “relatives à l'exercice par la Haute Autorité des pouvoirs qui lui sont conférées”. L'unanimità dei consensi era altresì esclusa dall'art. 82 del “progetto di trattato che istituisce l'Unione europea” del 1984 (il cosiddetto “progetto Spinelli”), in base al quale il trattato sarebbe entrato in vigore “una volta ratificato da una maggioranza degli Stati membri delle Comunità la cui popolazione costituisca 2/3 della popolazione complessiva delle Comunità”.

⁸ Per un quadro d'insieme dei principi cui si ispirano su questo punto i trattati istitutivi delle principali organizzazioni regionali si veda, da ultimo, G. MARTINO, *L'evoluzione delle organizzazioni internazionali: emendamenti, modifiche e revisione*, in P. PENNETTA, S. CAFARO, A. DI STASI, I. INGRAVALLO, G. MARTINO, N. NOVI, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, 2018, p. 95 ss.

⁹ Nel senso che “le competenze dell'UE, come anche i suoi profili istituzionali, possono essere modificati solo mediate la procedura di revisione ordinaria” si veda L.S. ROSSI, *L'Unione europea e il*

europeo è attualmente richiesta anche per le “procedure di revisione semplificate” (art. 48 TUE, paragrafi 6 e 7)¹⁰.

Parimenti, l’unanimità dei consensi è richiesta per l’ammissione all’Unione di nuovi membri: il vigente art. 49 TUE, confermando un principio accolto fin dai Trattati di Roma del 1957, stabilisce che “le condizioni per l’ammissione, e gli adattamenti dei Trattati su cui è fondata l’Unione”, formano l’oggetto di un accordo, sottoposto a ratifica, fra gli Stati membri e lo Stato richiedente¹¹.

Stando alla lettera dei Trattati (art. 50 TUE), l’unanimità dei consensi non sarebbe invece richiesta per l’accordo di recesso di uno Stato membro dall’UE, in quanto detto articolo stabilisce che tale accordo “è concluso a nome dell’Unione dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata previa approvazione del Parlamento europeo”. In occasione dei negoziati per la Brexit, peraltro, la prassi ha fatto emergere (conclusioni del Consiglio europeo straordinario del 25 novembre 2018) come il consenso di tutti gli Stati membri sia essenziale ai fini della conclusione dell’accordo di recesso.

Quanto al procedimento di cui all’art. 352 TFUE, riguardante la specificazione (ma non la modifica) delle norme dei Trattati relative ai poteri di azione dell’Unione, conviene ricordare che deve essere adottata all’unanimità la delibera del Consiglio che attribuisce all’Unione i cosiddetti “poteri impliciti”.

Infine, non si può fare a meno di sottolineare che, in applicazione di quanto previsto dai trattati o in forza della prassi, è mediante il ricorso ad accordi degli Stati membri collettivamente considerati si è dato vita a numerosi istituti del diritto dell’Unione¹². Il processo di “comunitarizzazione”, avviato con il Trattato di Amsterdam del 1997, non ha affatto messo fine a questa tendenza.

Il quadro fin qui delineato, chiaramente indicativo dell’essenzialità che il consenso degli Stati riveste per quel che attiene alle variazioni che possono essere apportate all’impianto iniziale, va a questo punto completato rilevando che gli sviluppi nell’applicazione delle norme dei Trattati che si sono registrati nel corso di oltre sessant’anni di integrazione europea sono in larga parte dovuti alle decisioni adottate all’unanimità dagli Stati membri. È invero soprattutto nell’ambito delle Conferenze al vertice e del Consiglio europeo che gli Stati hanno concordato le

paradosso di Zenone. Riflessioni sulla necessità di una revisione del Trattato di Lisbona, in *Studi in onore di Giuseppe Tesauro*, IV, Napoli, 2014, p. 377.

¹⁰ Sul ricorso alla procedura di revisione semplificata nella decisione del Consiglio europeo 2011/199/UE del 25 marzo 2011 si veda *infra*, par. 9. Ritiene comunque di difficile applicazione le disposizioni dell’art. 48 sulla procedura in parola, essendo la stessa basata sul consenso di tutti gli Stati membri in sede di Consiglio europeo T. GIEGERICH, *How to Reconcile the Forces of Enlargement and Consolidation in “an Ever Closer Union”*, in T. GIEGERICH, D.C. SCHMITT, S. ZEITZMANN (eds.), *op. cit.*, p. 38.

¹¹ Il non più vigente art. 98 del Trattato CECA, per contro, si limitava a prevedere una decisione del Consiglio, adottata all’unanimità, relativa alle condizioni dell’ammissione. Secondo la dottrina, peraltro, qualora tali condizioni avessero implicato degli emendamenti al Trattato, un accordo fra gli Stati membri e lo Stato richiedente si sarebbe reso necessario (si veda in questo senso: A. GIARDINA, *Commento art. 98*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, *Commentario del Trattato CECA*, II, Milano, 1970, p. 1382).

¹² A questo riguardo, richiamiamo un nostro risalente scritto, *Gli accordi degli Stati membri delle Comunità europee*, Milano, 1968. Si veda altresì L.S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell’Unione europea*, Milano, 2000.

scelte più significative che sul futuro della Comunità e dell'Unione sono state fatte nel corso degli anni¹³.

3. L'interrogativo che, a questo punto, è legittimo porsi riguarda la fondatezza o meno, ancor oggi, del noto giudizio dato sul ruolo degli Stati membri nel primo fondamentale commento dei Trattati istitutivi del 1957, secondo il quale gli Stati sarebbero “padroni del Trattato” (“Herren des Vertrages”)¹⁴. Evidente è, a ben guardare, il nesso fra quest'affermazione e la costruzione di un'Europa a due velocità in conformità al principio del consenso: se, invero gli Stati sono i “padroni del Trattato”, e se è a questa ferma convinzione che essi si sono costantemente ispirati nelle loro decisioni, anche le varie scelte via via operate nella costruzione di un'Europa “flessibile” possono trovare un convincente fondamento nella concorde volontà, dagli stessi Stati in varie forme manifestata, di procedere comunque in quella direzione.

A voler essere obiettivi, si rivela difficile negare che, fin dall'avvio del processo d'integrazione, gli Stati si siano comportati come “padroni del Trattato”: vuoi quando in occasione dei frequenti procedimenti di revisione hanno modificato, anche profondamente, le precedenti norme pattizie, vuoi quando hanno dichiarato “pienamente compatibili” con i trattati decisioni concordate in seno al Consiglio europeo¹⁵, vuoi quando, negli accordi di ammissione di nuovi membri, hanno deciso quali “adattamenti” avrebbero dovuto essere apportati al testo precedente. Inoltre, nell'esercizio della sua funzione di impulso e di indirizzo il Consiglio europeo ha nel corso degli anni mostrato una indubbia propensione per politiche favorevoli alla flessibilità, tali da consentire all'Unione di procedere sulla via dell'integrazione anche aggirando quegli ostacoli che una rigida interpretazione delle disposizioni del Trattato avrebbe potuto frapporre.

Una realistica valutazione della tesi che considera gli Stati membri “padroni del Trattato” non potrebbe, tuttavia, ignorare che una tale tesi risulta inconciliabile con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che a partire dalle fondamentali sentenze *van Gend en Loos* e *Costa c. ENEL* ha costantemente affermato: a) la radicale diversità dei Trattati istitutivi dell'Unione rispetto ai “trattati internazionali ordinari”¹⁶; b) l'avvenuto “trasferimento di competenze” dagli Stati membri all'Unione, con

¹³ A tale riguardo si rinvia, anche per i riferimenti bibliografici, al nostro scritto *Gli sviluppi del processo di integrazione europea dal Trattato di Roma ad oggi. Il ruolo degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 249 ss. In questo stesso scritto, peraltro, si è avuto cura di evidenziare anche il ruolo svolto, per alcuni aspetti del processo di integrazione, dalla Corte di giustizia (*ivi*, p. 262 ss.).

¹⁴ E. WOHLFAHRT, U. EVERLING, H.J. GLAESNER, R. SPRUNG, *Die europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag*, Berlin, 1960, p. 610.

¹⁵ Particolarmente emblematiche, a questo riguardo, sono da considerare le conclusioni del Consiglio europeo del 18 e 19 febbraio 2016, in merito al rapporto fra il Regno Unito e l'Unione europea. Sottolinea che, formulando queste conclusioni, “the masters of the Treaties agreed on the interpretation of certain parts of these Treaties”, T. GIEGERICH, *op. cit.*, p. 50. In anni meno recenti, anche il Consiglio europeo di Edimburgo dell'11 e 12 dicembre 1992 aveva convenuto su una serie di disposizioni, “pienamente compatibili con i Trattati” applicabili “esclusivamente alla Danimarca e non ad altri Stati membri attuali o futuri”.

¹⁶ La differenza fra il Trattato CEE e i comuni trattati internazionali, anticipata nella sentenza *Van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963, causa 26/62, e affermata con particolare determinazione nella fondamentale sentenza *Costa c. ENEL* del 15 luglio 1964, causa 6/64, figura alla base di tutta la successiva giurisprudenza della Corte di giustizia.

una “limitazione definitiva”, in settori sempre più ampi, dei poteri sovrani degli Stati¹⁷; c) l’esistenza, nel diritto dell’Unione, di principi fondamentali e non più modificabili dagli Stati membri indipendentemente dal loro consenso, onde evitare “un indebolimento istituzionale della Comunità”, con “il rischio di una graduale disintegrazione della costruzione comunitaria”¹⁸.

Chi scrive non ha mancato di valutare criticamente queste affermazioni della Corte, dando particolare rilievo alla carenza di argomenti che giustificano una radicale diversità fra i Trattati istitutivi dell’Unione e i trattati “ordinari”. Rinviando, per una dettagliata illustrazione di tale critica, agli scritti da noi pubblicati al riguardo¹⁹, conviene qui limitarsi a sottolineare che non sempre gli Stati membri collettivamente considerati si sono allineati alla giurisprudenza della Corte. Ciò può dirsi, segnatamente, per questioni di fondamentale importanza, quali – in primo luogo – la “definitività” del trasferimento di competenze dagli Stati all’Unione²⁰ e – in secondo luogo – la natura dei Trattati istitutivi, considerati dalla Corte “la carta costituzionale di una comunità di diritto”, benché conclusi “in forma di accordo internazionale”²¹.

4. In alcune note sentenze risalenti agli anni ‘60 e ‘70, sostanzialmente condivise da larga parte della dottrina, la Corte di giustizia ha attribuito al diritto comunitario (oggi dell’Unione) caratteri che ben scarso margine lasciavano ad una differenziazione fra le sue norme che andasse verso un’Europa a più velocità²². Il principio secondo cui il diritto comunitario deve essere applicato in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, già ricavabile dalla citata sentenza *Costa c. ENEL*

¹⁷ Sentenza *Costa c. ENEL*; sentenza 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*, punti 16-19; parere 1/91 del 14 dicembre 1991, punto 21; parere 2/13 del 1° dicembre 2014, punto 157 ss.

¹⁸ Così, con riferimento a un progetto di accordo in materia di trasporti fra la Comunità, alcuni Stati membri e la Svizzera, il parere 1/76 del 26 aprile 1977, punto 14. Nel senso che la qualità di “padroni dei trattati” implicherebbe altresì “la possibilità per gli Stati di provvedere congiuntamente a modifiche anche radicali o addirittura all’estinzione dei Trattati istitutivi”, vedi G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell’Unione europea*, Bari, 2010, p. 14.

¹⁹ Si veda da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici, il nostro scritto *L’Unione europea è ancora un’organizzazione internazionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, spec. p. 383 ss.

²⁰ In un precedente scritto (*La comunitarizzazione del diritto internazionale e processuale. Perplessità circa il carattere “definitivo” del trasferimento di competenze dagli Stati alla Comunità*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 343 ss.) abbiamo sottolineato, con riferimento all’art. 48, par. 2, del vigente TUE, che un principio fondamentale del diritto internazionale, quello secondo cui un accordo può essere emendato per accordo delle parti, è di ostacolo a riconoscere carattere definitivo degli obblighi assunti in forza dei Trattati istitutivi (*op. cit.*, p. 356).

²¹ Così il già citato parere 1/91, punto 21. L’inserimento nel testo dei Trattati, con la riforma di Lisbona, degli articoli 48 (revisione) e 50 (recesso) TUE confermerebbe invece, a nostro giudizio, che gli Stati membri riconoscono a detta “Carta” la natura di accordo internazionale, retto dai principi propri del diritto dei trattati, come codificati a Vienna nel 1969.

²² Cfr. B. DE WITTE, *Variable Geometry and Differentiation as Structural Features of the EU Legal Order*, in B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *op. cit.*, p. 9 ss. Si veda altresì, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, E. PISTOIA, *op. cit.*, p. 11.

del 1964²³, avrebbe in seguito ricevuto una più precisa formulazione nelle sentenze *Commissione c. Italia* del 1972²⁴ e *Simmenthal* del 1978²⁵.

Se da un lato, come emergerà dai seguiti della presente indagine, gli sviluppi che si sono registrati in tema di flessibilità del diritto dell'Unione fanno dubitare della persistente validità del principio ora in discorso, va d'altro lato riconosciuto che, all'epoca in cui è stato affermato dalla Corte, detto principio non risultava affatto in contraddizione con il Trattato CEE del 1957. Le uniche deroghe ad una uniforme applicazione del diritto comunitario in tutto il territorio della Comunità erano infatti a quell'epoca quelle previste dai Protocolli allegati al Trattato, deroghe che tutte le Parti contraenti consideravano giustificate da circostanze obiettive e che si concretavano nei singoli Protocolli in taluni limiti all'applicazione del diritto comunitario in determinate materie.

È negli stessi anni '70, peraltro, che si registrano le prime significative aperture verso la flessibilità nel diritto dell'Unione. Nel noto “Rapporto Tindemans” del 29 dicembre 1975²⁶ si affermava – da un lato – che “gli Stati che sono in grado di progredire hanno il dovere di farlo”; dall'altro che “gli Stati che hanno dei motivi per non progredire e che il Consiglio, su proposta della Commissione, riconosce come oggettivamente validi, non lo fanno”. Non si tratterebbe comunque – si aveva cura di precisare – “di un'Europa à la carte”, ma di un sistema che “ammette in via transitoria²⁷ un grado di integrazione più accentuato tra alcuni Stati membri”, non senza qualche analogia con l'art. 233 del Trattato CEE, che lo prevede nel caso del Benelux e dell'Unione economica belgo-lussemburghese²⁸.

L'apertura di Tindemans ad una integrazione differenziata sarà fatta propria qualche anno più tardi dal Consiglio europeo, che all'unanimità istituiva, con Risoluzione del 5 dicembre 1978, il “Sistema Monetario Europeo”: questo sistema si sarebbe applicato ai soli Paesi “partecipanti al meccanismo di cambio”, fermo restando che uno Stato membro che non vi partecipi fin dall'inizio “può parteciparvi ad una data successiva”.

5. In un'indagine dedicata al tema dell'Europa “flessibile”, o “a più velocità”, una particolare attenzione va sicuramente riservata agli “Accordi di Schengen” (l'Accordo del 4 giugno 1985 e la Convenzione di applicazione del 19 giugno 1990), relativamente al periodo che precede l'integrazione del loro *acquis* nel diritto comunitario con il Trattato di Amsterdam del 1997. Si tratta invero di atti che hanno

²³ “Se l'efficacia del diritto comunitario variasse da uno Stato all'altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l'attuazione degli scopi del Trattato”.

²⁴ Sentenza 13 luglio 1972, causa 48/71, punto 8: “Il conseguimento degli scopi della Comunità esige che le norme del diritto comunitario, contenute nello stesso Trattato o adottate in forza di esso, si applichino incondizionatamente, nello stesso momento e con identica efficacia nell'intero territorio della Comunità”.

²⁵ Sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, punto 14: “l'applicabilità diretta va intesa nel senso che le norme di diritto comunitario devono esplicitare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità”.

²⁶ L'Unione europea. Rapporto di Leo Tindemans al Consiglio europeo, in *Bollettino delle Comunità europee. Supplemento* 1/76.

²⁷ Sulla differenziazione concepita come una situazione temporanea, in quanto gli Stati membri che non intendono procedere alla stessa velocità degli altri “would follow later” è incentrato il più recente scritto di J.C. PRIS, *The Future of Europe: Towards a Two-Speed EU?*, Cambridge, 2012, p. 6 ss.

²⁸ Rapporto Tindemans, p. 21.

rivestito, e continuano a rivestire, una straordinaria importanza nel sistema dell'Unione europea e che comunque sono stati conclusi in assenza di qualsiasi previsione nei Trattati istitutivi. Gli Accordi di Schengen sollevano quindi con particolare chiarezza la questione se, ed eventualmente in quali termini, il principio del consenso fra gli Stati membri possa applicarsi ai casi di integrazione differenziata non previsti dai Trattati.

Va preliminarmente osservato, in conformità a quanto generalmente affermato dalla dottrina²⁹, che l'eliminazione dei controlli alle frontiere comuni, oggetto degli Accordi in discorso, rientrava già nel campo di applicazione del diritto comunitario: l'art. 3, lett. c), del Trattato CEE del 1957 includeva infatti fra le azioni della Comunità "l'eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone (...)". Alla conclusione dell'Accordo del 4 giugno 1985 i cinque Stati contraenti (Belgio, Germania, Francia, Lussemburgo e Olanda) sono stati indotti dalla constatazione che i progressi realizzati in seno alle Comunità nel settore della libera circolazione delle persone risultavano di gran lunga inferiori ai passi avanti compiuti nei settori delle merci e dei servizi e che occorreva, pertanto, nella prospettiva dell'instaurazione del mercato comune, adoperarsi per ridurre gradualmente tale divario. L'esigenza di una iniziativa in questa direzione trovava conferma, secondo le Parti contraenti, sia in una serie di accordi dalle stesse conclusi nel 1984, sia nelle conclusioni del Consiglio europeo di Fontainebleau del giugno di quel medesimo anno.

Ai fini della presente indagine, il richiamo alle conclusioni del Consiglio europeo di Fontainebleau riveste un particolare rilievo, risultando chiara in queste conclusioni la volontà di *tutti gli Stati membri* di procedere verso una graduale eliminazione dei controlli alle frontiere, con l'indicazione di una data, quella del giugno 1985, che non per caso avrebbe poi coinciso con la firma a Schengen dell'Accordo di cui si tratta. La già citata Convenzione di applicazione del giugno 1990 ribadisce e rafforza detto legame con il principio del consenso: unitamente alle già richiamate finalità del Trattato CEE del 1957 vengono ricordate quelle dell'Atto unico europeo, firmato nel febbraio del 1986 con l'obiettivo di realizzare entro il 31 dicembre 1992 un "mercato interno" che comporti "uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali"³⁰.

I richiami ai Trattati e alle conclusioni del Consiglio europeo non potrebbero certo far dimenticare che per un periodo che va all'incirca dal 1985 al 1990 la graduale eliminazione dei controlli sulle persone alle frontiere è risultata regolata da un atto adottato da cinque soltanto degli Stati membri. Non sarebbe, tuttavia, fondato affermare che la firma degli Accordi di Schengen sia stata avversata dai Membri che non vi prendevano parte. Ciò contrasterebbe, infatti, con la circostanza che negli anni immediatamente successivi a tale firma altri quattro Stati membri hanno deciso di aderirvi, e precisamente: l'Italia nel novembre del 1990, la Spagna e il Portogallo nel giugno del 1991, la Grecia nel novembre del 1992. L'ampia condivisione raggiunta, alcuni anni prima della definizione del testo del Trattato di Amsterdam, in merito alle regole contenute negli Accordi in parola – che espressamente stabiliscono la prevalenza delle misure che sarebbero state adottate in applicazione delle

²⁹ In proposito si veda L.S. Rossi, *Le convenzioni fra gli Stati membri*, cit., p. 81.

³⁰ Art. 8 A del citato Atto unico.

disposizioni del Trattato istitutivo³¹ – concorre sicuramente a spiegare l'assenza di obiezioni in seno alla Conferenza intergovernativa sulla definizione del testo del Trattato di Amsterdam che avrebbe adottato il noto “Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea”, allegato al suddetto Trattato di Amsterdam³².

6. Con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 la flessibilità del diritto dell'Unione europea fa registrare nuovi significativi sviluppi per quanto riguarda il consenso raggiunto fra tutti gli Stati membri circa la creazione di regole differenziate.

Prima di delineare i principi accolti a questo riguardo in merito all'istituzione dell'Unione economica e monetaria, conviene analizzare le interessanti indicazioni che possono trarsi dal Protocollo sulla politica sociale, che figura in allegato al Trattato di Maastricht. Ai fini della presente indagine, l'aspetto da evidenziare è che detto Protocollo è incentrato su un'“autorizzazione” che le Parti contraenti convengono di rilasciare agli undici Stati membri firmatari dell'Accordo sulla politica sociale concluso fra detti Stati senza la partecipazione del Regno Unito. In virtù di tale autorizzazione, gli undici Stati avrebbero potuto “fare ricorso alle istituzioni, alle procedure e ai meccanismi del Trattato allo scopo di (...) rendere effettivo il suddetto Accordo”. La circostanza che in questo caso l'autorizzazione sia rilasciata da tutti gli Stati membri con riferimento ad un atto determinato rende chiara la differenza fra la stessa e quella che, alcuni anni più tardi, con il Trattato di Amsterdam, verrà prevista (articoli 40 e 43 TUE) in tema di cooperazione rafforzata: come si avrà cura di sottolineare³³, infatti, in questo secondo caso l'autorizzazione è deliberata a maggioranza qualificata dal Consiglio.

Per quanto riguarda l'istituzione dell'Unione economica e monetaria, ai fini che interessano la presente ricerca va sottolineata la distinzione, operata dallo stesso Trattato di Maastricht³⁴, e quindi condivisa da tutte le Parti contraenti, fra “Stati membri senza deroga” e “Stati membri con deroga”. Questi ultimi, come precisato dal par. 3 dell'art. 109 K TCE, venivano esclusi dall'applicazione di una serie di regole in materia economica e monetaria, regole di cui invece sarebbero risultati destinatari gli Stati membri che avessero soddisfatto le condizioni stabilite per l'adesione alla moneta unica. Questa diversità di *status* fra gli Stati membri si rivelerà alla base del progressivo divario fra l'Unione europea e l'Eurozona, su cui ci si soffermerà nelle pagine che seguono.

7. Il rapporto fra flessibilità e principio del consenso registra nuove particolarità a seguito dell'entrata in vigore, il 1° maggio 1999, del Trattato firmato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997. Sotto il profilo che qui interessa, una speciale attenzione va riservata all'istituto della cooperazione rafforzata, che con questo Trattato entra a far parte del diritto dell'Unione³⁵. Al fine di stabilire con la dovuta chiarezza il rapporto fra flessibilità e principio del consenso, come risulta dalle disposizioni del Trattato

³¹ Si veda in proposito il preambolo della Convenzione di applicazione.

³² Su rapporto fra il Protocollo in parola e il principio del consenso si veda *infra*, par. 6.

³³ *Infra*, par. 7.

³⁴ Trattato che istituisce la Comunità europea, art. 109 K.

³⁵ Sui negoziati relativi alla disciplina di detto istituto nel corso della Conferenza intergovernativa del 1996-1997 si veda A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998, pp. 28-30.

in discorso (articoli 40 e 43 TUE) conviene richiamare la già riportata formula, figurante nel Protocollo sulla politica sociale, incentrato sull'“autorizzazione” che le Parti contraenti convengono di rilasciare agli undici Stati membri firmatari dell'Accordo sulla politica sociale. A tale riguardo, non deve trarre in inganno il fatto che anche nel citato art. 40 TUE si faccia riferimento alla necessità di un'autorizzazione. In effetti, mentre nel Protocollo sulla politica sociale, come si è evidenziato, l'autorizzazione è rilasciata da tutte le Parti contraenti, e quindi basata sull'unanimità dei consensi, nell'art. 40 l'autorizzazione ad instaurare una cooperazione rafforzata è concessa non dalle Parti contraenti ma dal Consiglio, che in ogni caso delibera “a maggioranza qualificata”, e non all'unanimità.

Emerge da quanto precede che in materia di cooperazione rafforzata il consenso di tutti gli Stati membri fa difetto, di regola, quando si tratta di autorizzare una cooperazione determinata³⁶. Il consenso sussiste invece a livello dei Trattati, avendo tutti gli Stati membri preventivamente convenuto che l'autorizzazione ad instaurare una determinata cooperazione rafforzata potesse essere data dal Consiglio a maggioranza qualificata³⁷.

La seconda innovazione introdotta dal Trattato di Amsterdam per quel che attiene al rapporto fra flessibilità e consenso è costituita dal Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea, allegato al TUE e al TCE. In virtù di tale Protocollo, gli Stati firmatari degli Accordi di Schengen³⁸ “sono autorizzati a instaurare tra loro una cooperazione rafforzata nel campo di applicazione di tali accordi e delle disposizioni collegate”. La cooperazione rafforzata alla quale il Protocollo fa riferimento deve comunque essere tenuta distinta dalla cooperazione rafforzata di cui agli articoli 43-45 del Trattato sull'Unione europea. Ed invero, mentre l'autorizzazione contemplata dal Protocollo sull'*acquis* di Schengen si fonda sul consenso di tutti gli Stati membri della Comunità (ora dell'Unione), quella di cui ai citati articoli è data dal Consiglio, a maggioranza qualificata, come in precedenza già evidenziato.

8. Sotto il profilo del rapporto fra flessibilità e consenso il Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001 non fa registrare novità di particolare rilievo. La disciplina della cooperazione rafforzata, in effetti, si differenzia da quella del Trattato di Amsterdam unicamente in quanto il nuovo testo si applica anche al settore della politica estera e di sicurezza comune, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 27 A, par. 1, TUE³⁹.

³⁶ La circostanza che, nella cooperazione rafforzata, il consenso degli Stati non partecipanti sia espresso “*ex ante* e *una tantum*” (così E. PISTOIA, *op. cit.*, p. 39), è alla base della distinzione fra “cooperazione rafforzata” ed “applicazione differenziata”, come abbiamo sottolineato in un precedente scritto (P. FOIS, *Applicazione differenziata e flessibilità nel diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 30-32).

³⁷ Con i Trattati di Nizza e di Lisbona il quadro non cambia, come si vedrà, per le cooperazioni rafforzate “comuni”. L'unanimità in seno al Consiglio sarà invece richiesta per la cooperazione rafforzata nell'ambito della PESC, secondo quanto espressamente previsto dal vigente art. 329, n. 2, TFUE.

³⁸ Secondo quanto precisato dal Protocollo, non sono parti di tali Accordi l'Irlanda e il Regno Unito, mentre la Danimarca si trova in una “particolare posizione”.

³⁹ “Le cooperazioni rafforzate in uno dei settori di cui al presente titolo sono dirette a salvaguardare i valori e servire gli interessi dell'Unione nel suo insieme, affermando la sua identità come forza coerente sulla scena internazionale”.

È soltanto dopo la sua entrata in vigore, il 1° febbraio 2003, che con la conclusione, da parte di 7 Stati membri, del Trattato di Prüm⁴⁰, la questione della flessibilità si arricchisce di nuovi, significativi aspetti. Va anzitutto rilevato che, diversamente dal procedimento seguito per l'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione⁴¹, in questo caso si è ritenuto di non prevedere un Protocollo fondato sul consenso di tutti gli Stati membri, da allegare al Trattato di Lisbona, ma di far ricorso a due decisioni del Consiglio⁴² basate sul titolo VI del TUE, recante “Disposizioni sulla cooperazione di polizia giudiziaria in materia penale” (il cosiddetto “terzo pilastro”). Decisioni che, a norma di detto Trattato, il Consiglio adotta a maggioranza qualificata. È altresì da notare il breve lasso di tempo intercorso fra la firma del Trattato di Prüm (2005) e la sua integrazione, “nella sostanza”, nel diritto dell'Unione (2008), quando già altri Stati membri, fra cui l'Italia, avevano aderito al Trattato⁴³.

9. Le novità che il Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007⁴⁴ presenta per quanto attiene al rapporto fra consenso e flessibilità riguardano la differenziazione che vi si prevede fra il regime degli Stati membri dell'Unione europea nella sua interezza e quello degli Stati membri dell'Eurozona. Ed invero, mentre nessuna modifica di rilievo vi è introdotta in materia di cooperazione rafforzata “comune”, questo Trattato prevede, negli articoli 136-138 TFUE e nel Protocollo sull'Eurogruppo, una serie di “disposizioni specifiche agli Stati membri la cui moneta è l'euro”. Una competenza esclusiva dell'Unione nel settore della politica monetaria è infine prevista (art. 3 TFUE) limitatamente agli “Stati membri la cui moneta è l'euro”. In particolare, con il Protocollo sull'Eurogruppo si dà vita – per la prima volta in tema di flessibilità – ad uno specifico organo, l'Eurogruppo, chiamato ad “assicurare un coordinamento sempre più stretto delle politiche economiche della zona euro”, e

⁴⁰ Trattato riguardante l'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare al fine di lottare contro il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale, firmato a Prüm il 27 maggio 2005.

⁴¹ *Supra*, par. 7. Un'ulteriore differenza che conviene qui evidenziare attiene al fatto che mentre nel 1985, quando veniva firmato l'Accordo di Schengen del 14 giugno, il Trattato in vigore (il Trattato di Roma del 25 marzo 1957) non offriva una base giuridica adeguata per un'“eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni”, come risulta anche dal preambolo dell'accordo in parola, il Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001 conteneva nel titolo VI TUE precise norme concordate dagli Stati membri ai fini di una “cooperazione di polizia giudiziaria in materia penale”. D'altra parte, mentre l'Accordo di Schengen del 4 giugno 1985 faceva espresso riferimento, come in precedenza rilevato, alle conclusioni del Consiglio europeo di Fontainebleau, il Trattato di Prüm non conteneva un analogo riferimento. Sull'orientamento di alcuni Stati membri, favorevoli invece a una “cooperazione intergovernativa esterna”, non più basata, inizialmente, sul consenso: si veda E. PISTOIA, *op. cit.*, spec. p. 148 ss.

⁴² Decisione 2008/615/GAI del 28 giugno 2008; decisione 2008/216/GAI di pari data. In proposito, per ulteriori dettagli, si veda A. CANNONE, *op. cit.*, p. 336 s.

⁴³ Sono 15 gli Stati membri che hanno preso l'iniziativa per l'adozione, da parte del Consiglio, delle due decisioni suindicate: oltre ai 7 Stati firmatari (Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi ed Austria) la proposta è stata avanzata da Bulgaria, Slovenia, Slovacchia, Italia, Finlandia, Romania e Svezia.

⁴⁴ Per una sintesi delle posizioni emerse in precedenza (2002-2003) sul tema della flessibilità in occasione dei negoziati volti alla definizione del Progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa si rinvia a J. SHAW, *op. cit.*, p. 279 ss. L'A. ora citato sottolinea come la Commissione europea avesse assunto una posizione “clearly ostile” alla flessibilità, ritenendo che “it was the time to review the justification for derogation” (*ivi*, p. 289).

composto esclusivamente dai ministri degli Stati membri la cui moneta è l'euro. Da notare è il ricorso alle espressioni “Eurogruppo” e “zona euro”, indicativo dell'avvenuto progressivo rafforzamento dei rapporti all'interno di quelli che, nel Trattato di Maastricht, erano stati genericamente qualificati “Stati membri senza deroga”.

Il Trattato di Lisbona era entrato in vigore da appena un anno (il 1° dicembre 2009), quando, a seguito di una proposta presentata dal Governo belga, prendevano l'avvio i negoziati che avrebbero portato, il 2 febbraio 2012, alla firma da parte dei 19 Stati membri della zona euro del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità (MES). Secondo quanto sottolineato nel suo stesso preambolo, determinante a tale riguardo è risultato il ruolo svolto dal Consiglio europeo, segnatamente in occasione delle riunioni del 17 dicembre 2010, del 25 marzo 2011 e del 21 luglio dello stesso anno, nel corso delle quali raggiungeva un accordo in merito all'istituzione del MES, sottolineandone l'importanza. In particolare, il 25 marzo 2011 il Consiglio europeo adottava, in applicazione dell'art. 48 TUE, la decisione 2011/199/UE, recante modifica dell'art. 136 TFUE, con l'aggiunta di un par. 3, così formulato: “Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità dell'intera zona euro. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità”⁴⁵.

La questione della validità della decisione 2011/199, adottata dal Consiglio europeo con il consenso di tutti gli Stati membri⁴⁶, ha formato oggetto della nota sentenza della Corte di giustizia nel caso *Pringle*⁴⁷, nella quale la Corte ha affermato di non aver constatato “alcun elemento atto ad inficiare la validità” di detta decisione⁴⁸. Secondo la Corte, inoltre, determinate disposizioni dei Trattati istitutivi (gli articoli 4 e 13 TUE e gli articoli 2, 3, 19, 123, 125 e 127 TFUE), “nonché il principio generale di tutela giurisdizionale effettiva non ostano alla conclusione tra gli Stati membri la cui moneta è l'euro di un accordo come il Trattato MES (...)”⁴⁹.

Mentre, come si è ora evidenziato, la conclusione del Trattato MES è prevista dal par. 3 dell'art. 136 TFUE, inserito nel Trattato con il consenso di tutti gli Stati membri in seno al Consiglio europeo, nessuna norma che contempra espressamente la conclusione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (il TSCG, noto anche come “Fiscal Compact”) figura nel diritto dell'Unione. L'opposizione del Regno Unito, segnatamente, non ha consentito al Consiglio europeo di pronunciarsi a favore della conclusione di tale

⁴⁵ Come sottolineato da L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018, VI ed., p. 43, la modifica dell'art. 136 si è resa necessaria per rendere il Trattato MES compatibile con l'art. 125 TFUE.

⁴⁶ Sostiene invece che “gli Stati della zona euro avrebbero potuto comunque istituire l'ESM con un patto tra di loro, al di fuori del diritto dell'Unione, senza bisogno di un particolare nullaosta da parte di quest'ultimo” G.L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 688.

⁴⁷ Sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12. Per un commento a questa sentenza si vedano, anche per i riferimenti bibliografici: B. DE WITTE, T. BEUKERS, *The Court of Justice Approves the Creation of the European Stability Mechanism Outside the EU Legal Order: Pringle*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 805 ss.; P. MENGOZZI, *Il Trattato sul Meccanismo di stabilità (MES) e la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Pringle*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 129 ss.

⁴⁸ Sulle “marcate peculiarità” che contraddistinguono il Consiglio europeo fra le istituzioni dell'Unione europea si veda comunque il nostro scritto su *Il Consiglio europeo*, in F. PREITE (dir.), *Trattato notarile*, 3 (*Diritto comunitario*), Torino, 2011, p. 233 ss.

⁴⁹ Sentenza *Pringle*, punto 182.

Trattato, creando così le premesse per un “Vertice euro” degli Stati membri dell'Eu-rozona⁵⁰. È infatti nel corso di due riunioni tenutesi nell'ottobre e nel dicembre del 2011, riunioni non previste dai Trattati istitutivi, che i capi di Stato o di governo degli Stati della zona euro constatavano “l'absence of unanimity” fra gli Stati membri dell'Unione in merito alla conclusione del Trattato in parola⁵¹.

Il preambolo del TSCG conferma l'inesistenza di un generale consenso fra gli Stati membri dell'Unione rispetto alla sua conclusione. A differenza di quanto può constatarsi dal preambolo del Trattato MES, non vi ricorre infatti alcun riferimento a precedenti decisioni del Consiglio europeo, mentre sono più volte richiamate le deli-berazioni adottate dai capi di Stato e di governo degli Stati membri della zona euro⁵². Come in precedenza evidenziato, di un consenso fra tutti gli Stati membri si potrà parlare soltanto a seguito dell'integrazione delle disposizioni del Trattato nel quadro giuridico dell'Unione europea, prevista dallo stesso Trattato⁵³. Un'integrazione alla quale peraltro non si è ancora proceduto, malgrado le pressioni esercitate al riguardo dalla Commissione europea e dal Parlamento⁵⁴.

Un'ulteriore differenza fra il TMES e il TSCG che conviene qui evidenziare va individuata nel fatto che questo secondo trattato è stato firmato sia dagli Stati membri della zona euro, sia da 8 Stati membri “con deroga” (Bulgaria, Danimarca, Lettonia, Lituania⁵⁵, Ungheria, Polonia, Romania, Svezia)⁵⁶. Gli Stati “con deroga”, peraltro, risultano vincolati “solo dalle disposizioni dei titoli III e IV del presente Trattato dalle quali dichiarino, al momento del deposito del loro strumento di rati-fica o a una data successiva, di voler essere vincolati” (così il preambolo del TSCG,

⁵⁰ Sul Vertice euro si veda l'art. 12, 1° comma, del TSCG, secondo il quale: “I Capi di Stato o di Governo delle parti contraenti la cui moneta è l'euro si incontrano informalmente nelle riunioni del Vertice euro, insieme con il Presidente della Commissione europea. Il Presidente della Banca centrale europea è invitato a partecipare a tali riunioni”. Nella sua risoluzione del 12 dicembre 2013 “sui problemi costituzionali e di una *governance* a più livelli dell'Unione europea” il Parlamento europeo si è espresso (par. 58) nel senso che “una futura modifica dei Trattati dovrebbe riconoscere il Vertice euro quale formazione informale del Consiglio europeo”, come prevede il titolo V del TSCG.

⁵¹ In proposito si vedano: L.S. ROSSI, “*Fiscal Compact*” e *Trattato sul Meccanismo di Stabilità aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 293; E. PISTOIA, *op. cit.*, p. 121.

⁵² Nello “Statement by the euro area Heads of State or Government” del 9 dicembre 2011 si afferma: “Today we agreed to move towards a stronger economic union”. Questo implica, fra l'altro, “a new fiscal compact and strengthened economic policy coordination”.

⁵³ Oltre al preambolo, si veda in proposito l'art. 16, così formulato: “Al più tardi entro cinque anni dalla data di entrata in vigore del presente Trattato, sulla base di una valutazione dell'esperienza maturata in sede di attuazione, sono adottate in conformità del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea le misure necessarie per incorporare il contenuto del presente Trattato nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea”.

⁵⁴ E. PISTOIA, *op. cit.*, pp. 143-144. Per la posizione del Parlamento europeo si veda la già citata risoluzione del 12 dicembre 2013: vi si afferma che “la differenziazione è integrata nel quadro istituzionale unico dell'Unione europea e deve sempre esserlo” (lett. g dei ‘considerando’), precisando che “si devono assumere le iniziative necessarie, in conformità del TUE e del TFUE, per incorporare nel quadro giuridico dell'Unione il contenuto del TSWCG” (lett. y dei ‘considerando’).

⁵⁵ Dopo la firma del TSCG, Lettonia e Lituania hanno adottato l'euro, nel 2014 (la Lettonia) e nel 2015 (la Lituania).

⁵⁶ Una partecipazione congiunta degli Stati della zona euro e di altri 6 Stati membri (Bulgaria, Danimarca, Lettonia, Lituania, Polonia e Romania) contraddistingue anche il “Patto Euro Plus” del 25 marzo 2011 sul coordinamento delle politiche economiche per la competitività e la convergenza (il testo figura in allegato alle conclusioni del Consiglio europeo del 24 e 25 marzo 2011).

ultimo ‘considerando’). Anche questa ulteriore differenziazione, in definitiva, riposa sul consenso di tutte le Parti contraenti del TSCG.

10. A ben guardare, sono due i punti fermi che l’indagine condotta nei paragrafi precedenti permette di evidenziare per quanto attiene all’applicazione che del principio di un’Europa flessibile è stata fatta nel corso degli anni. Va rilevato, anzitutto, come nel complesso le decisioni che hanno dato luogo, nel diritto dell’Unione, al progressivo affermarsi di un doppio regime risultino costantemente basate su un generale consenso raggiunto fra gli Stati membri. Lunghi dall’essere preceduti da contrapposizioni più o meno vivaci, gli atti con cui una parte degli Stati membri ha deciso di procedere più velocemente sulla via dell’integrazione europea o sono stati adottati a seguito del raggiungimento di un accordo, ovvero hanno condotto ad una loro successiva “incorporazione” nel diritto dell’Unione europea. Come già rilevato, gli unici atti di integrazione differenziata che non rispondono a questo requisito risultano il Patto Euro Plus del 2011 e il TSCG del 2012: entrambi gli atti, comunque, vedono la partecipazione di 25 degli Stati membri dell’Unione.

Il costante rapporto che si è rilevato fra flessibilità e consenso va comunque visto tenendo presente le diverse modalità con cui, nel corso degli anni, il consenso si è manifestato. Per restare nell’ambito della forma di consenso più frequente – quello preventivo – talvolta il consenso è stato espresso a livello del diritto primario: nei Protocolli o negli stessi Trattati istitutivi, come è il caso degli articoli 136 ss. TFUE, contenenti “Disposizioni specifiche agli Stati membri la cui moneta è l’euro”. In questo caso, comunque, il consenso all’adozione di misure flessibili è stato manifestato indicando puramente e semplicemente le finalità delle disposizioni che il Consiglio è abilitato ad adottare; per contro, le ricordate disposizioni sulla “cooperazione rafforzata” (art. 326 ss. TFUE) sono assai più dettagliate, fissando una serie di limiti che devono essere rispettati dal Consiglio all’atto di instaurare detta cooperazione.

Oltre che a livello del diritto primario, il consenso può manifestarsi in seno al Consiglio europeo: all’atto di adottare all’unanimità una decisione sulla revisione semplificata della Parte terza del TFUE (art. 48, par. 6, TUE)⁵⁷ ovvero con la conclusione di un accordo politico fra tutti i capi di Stato o di governo⁵⁸. E se da un lato, sotto un profilo strettamente giuridico, da un simile accordo non consegue necessariamente che sia conforme al diritto dell’Unione la decisione di una parte degli Stati membri di procedere più velocemente sulla via dell’integrazione⁵⁹, non si può d’altro lato non tener conto della circostanza che, di fatto, le decisioni per un’Europa

⁵⁷ In proposito si veda *supra*, par. 2.

⁵⁸ Sugli accordi “politici”, con riferimento anche a quelli conclusi in seno al Consiglio europeo, si rinvia ai nostri scritti: *Gli accordi non vincolanti e il diritto dei trattati*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, I, Napoli, 2008, p. 281 ss.; *Obblighi e poteri degli Stati membri nell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2009, spec. p. 33 ss.

⁵⁹ Nella già citata sentenza *Pringle* del 23 novembre 2012, la Corte di giustizia ha affermato (punto 109) che “gli Stati membri sono competenti a concludere tra di loro un accordo che istituisce un meccanismo di stabilità come il Trattato MES, a condizione che gli impegni assunti dagli Stati membri contraenti nell’ambito di un accordo siffatto rispettino il diritto dell’Unione” (corsivo aggiunto). Sostanzialmente in questo senso si vedano in dottrina: M. CONDINANZI, *op. cit.*, p. 435: “gli Stati membri possono instaurare ‘cooperazioni rafforzate atipiche’, disciplinate da strumenti di diritto internazionale pattizio”, a condizione che, fra l’altro, “non si dia luogo a violazioni del diritto dell’Unione”; A. CANNONE, *op. cit.*, p. 337.

flessibile, precedute o meno da un accordo in seno al Consiglio europeo, non hanno finora dato luogo a reazioni da parte degli Stati membri dissenzienti, e soprattutto a ricorsi per infrazione proposti dalle istituzioni dell'Unione.

11. L'indagine fin qui condotta risulterebbe incompleta se nella valutazione del rapporto fra flessibilità e consenso si trascurasse di considerare le indicazioni che emergono dal dibattito sviluppatosi in anni recenti in merito a una possibile riforma dell'Unione in senso federalista. Se, come è a tutti noto, di “Stati uniti d'Europa” e di “Stato federale europeo” si discute da lunga data, fin dalle origini del processo d'integrazione europea⁶⁰, il dibattito ora richiamato presenta, ai fini che qui interessano, una significativa particolarità: quella di concepire la Federazione europea come una prospettiva che, realisticamente, riguarda una parte soltanto degli Stati membri dell'Unione europea, gli Stati dell'Eurozona, dando quindi quasi per scontato, come si avrà modo di rilevare fra breve, l'indisponibilità degli altri Stati a condividere lo stesso progetto.

“Riforma dell'Eurozona” e “rifondazione dell'Europa” sono due obiettivi che, negli scritti e nelle proposte di questi ultimi anni, il più delle volte coincidono. Scritti e proposte di ispirazione chiaramente federalista, anche se in dottrina i riferimenti espliciti alla necessità di uno Stato federale europeo non sono, per la verità, molto frequenti⁶¹. Di fatto, però, l'obiettivo ultimo verso il quale sovente si dichiara di voler puntare, la costituzione degli Stati uniti d'Europa, è in definitiva quello dello Stato federale europeo, ovvero di un'Europa realmente sovrana⁶², dotata di istituzioni e di poteri che garantiscano scelte unitarie, capaci di far fronte alle nuove, pressanti sfide del presente, quali si delineano sul piano delle relazioni internazionali, della difesa, della sicurezza, della politica economica e monetaria, dell'immigrazione e dell'ambiente⁶³. Ai fini della presente indagine, l'aspetto che conviene qui evidenziare è che l'obiettivo auspicato dovrebbe essere raggiunto facendo leva essenzialmente sui soli Stati membri dell'Eurozona, il “nocciolo duro” dell'Unione. Nella concezione di un'autorevole personalità politica, il belga Guy Verhofstadt, la nuova Europa sarebbe formata da un “nucleo politico” (gli Stati

⁶⁰ Della vastissima letteratura al riguardo ci si limiterà in questa sede a ricordare gli scritti di N. ANTONETTI, *I progetti costituzionali europei: caratteri storici e costituzionali (1953-1994)*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Costituzionalizzare l'Europa ieri ed oggi*, Bologna, 2001, p. 23 ss., e di L. VIOLINI, *La Costituzione europea fra passato e presente*, ivi, p. 71 ss. In questi scritti ampio spazio viene riservato, in particolare, ai progetti di ispirazione federalista apparsi nel 1953 (“Progetto di Trattato concernente lo Statuto della Comunità europea”), nel 1984 (“Progetto di Trattato che istituisce l'Unione europea”), nel 1994 (“Progetto di Costituzione dell'Unione europea”).

⁶¹ Per una netta presa di posizione a favore della soluzione federalista si veda G. ROSSILLO, *Un bilancio per l'Eurozona: la via verso lo Stato federale*, in *Federalismi*, 2013, p. 31 ss.

⁶² Si veda a questo riguardo il discorso pronunciato il 26 settembre 2017 alla Sorbona dal Presidente francese Emmanuel Macron per presentare l'“Iniziativa per l'Europa, un'Europa sovrana, unita, democratica”. Sostanzialmente nello stesso senso è orientato l'Appello firmato da alcune personalità politiche per una “rifondazione dell'Europa”, pubblicato su *La Stampa* del 27 settembre 2018.

⁶³ Già negli anni '50 del secolo scorso, sottolineando la “crisi mortale che travaglia il vecchio regime europeo”, Altiero Spinelli ravvisava la necessità di trasferire una serie di funzioni dagli Stati nazionali alla Federazione. Gli europei, egli precisava, dovevano convincersi che conservando “l'antico regime delle sovranità nazionali” avrebbero rischiato di “trasformarsi in appendici politiche, culturali ed economiche di altre civiltà, di altri popoli”: A. SPINELLI, *Manifesto dei Federalisti europei*, parzialmente riprodotto con il titolo *Lo Stato federale europeo*, in B. CARUSO, L. CEDRONI (a cura di), *Federalismo. Antologia critica*, Roma, 1995, p. 449 ss.

Uniti d'Europa), incentrato esclusivamente sulla zona euro. Intorno a questo “primo cerchio” verrebbe a formarsi un secondo e più ampio cerchio regolato da differenti principi, “una confederazione di paesi”, “un’Organizzazione degli Stati europei”, comprendente sia gli Stati dell’Eurozona che i paesi che non aderiscono al sistema della moneta unica⁶⁴.

Totalmente incentrato su una riforma della sola Eurozona, partendo dal principio che quest’ultima “non è un’Europa come le altre”, è il recente “Progetto per un trattato di democratizzazione della *governance* dell’Eurozona”, elaborato e presentato da alcuni giuristi, politologi ed economisti⁶⁵. Un progetto contrassegnato dall’attribuzione di rilevanti poteri ad un’Assemblea dell’Eurozona di nuova costituzione e finalizzato a mettere fine ad “una sorta di zona franca rispetto alle politiche di controllo, vale a dire una sorta di buco nero democratico”⁶⁶. A norma dell’art. 3 del progetto, l’Assemblea esercita, congiuntamente con l’Eurogruppo, la funzione legislativa e assicura funzioni di controllo politico. Nell’insieme, in materia economica e monetaria suoi poteri sarebbero assai più estesi di quelli del Parlamento europeo, “collocato ai margini del governo dell’Eurozona”⁶⁷.

I dettagli di questo progetto di trattato, che dovrebbe entrare in vigore, secondo quanto previsto dall’art. 22, una volta ratificato dalle Parti contraenti – gli Stati la cui moneta è l’euro – non saranno qui esaminati. Quel che invece conviene mettere in risalto è la consapevolezza, nei suoi autori, che con la conclusione dell’ipotizzato “Trattato di democratizzazione” (T-Dem), si darebbe vita ad un accordo internazionale estraneo al sistema dei trattati istitutivi, anche se, come viene precisato⁶⁸, con gli stessi compatibile, in applicazione dei principi definiti dalla Corte di giustizia nella già richiamata sentenza *Pringle* del 2012. In ogni caso, il trattato in parola sarebbe “applicato ed interpretato conformemente ai trattati su cui si fonda l’Unione europea”⁶⁹.

12. Le posizioni sommariamente delineate nel paragrafo che precede – contrassegnate dalla determinazione di procedere verso un radicale accentramento dei poteri in seno all’Unione – si caratterizzano per il fatto che un siffatto accentramento sarebbe realizzato coinvolgendo, almeno in una prima fase, i soli Stati dell’Eurozona. E poiché si dà per scontato che gli altri Membri finirebbero per far propria una scelta siffatta, anche nei confronti dei progetti in parola potrebbe riproporsi la questione del rapporto fra consenso e flessibilità, consentendo di costruire un organico sistema per la sola Eurozona basato sul consenso di tutti gli Stati membri.

⁶⁴ G. VERHOFSTADT, *Gli Stati Uniti d’Europa. Manifesto per una nuova Europa*, Roma, 2006, spec. pp. 7 e 75 ss. In proposito, non è privo d’interesse rilevare che nel recente Trattato franco-tedesco di Aquisgrana del 22 gennaio 2019 i due Stati firmatari si limitano invece ad affermare il loro impegno “ad approfondire la loro cooperazione nel campo della politica europea per promuovere l’unità, l’efficienza e la coesione dell’Europa, mantenendo questa cooperazione aperta a tutti gli Stati membri dell’Unione europea”.

⁶⁵ S. HENRIETTE, T. PIKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *Democratizzare l’Europa! Per un trattato di democratizzazione dell’Europa*, Milano, 2017.

⁶⁶ *Ivi*, pp. 12-13. Sull’esigenza di “consolidare l’Eurozona” nella sua dimensione politica, con “la creazione di un Parlamento dell’Eurozona all’interno del Parlamento europeo” insistono anche S. GOU-LARD, M. MONTI, *La democrazia in Europa. Guardare lontano*, Milano, 2012, p. 201.

⁶⁷ Così gli autori del citato progetto, p. 13.

⁶⁸ *Democratizzare l’Europa*, cit., p. 24.

⁶⁹ Art. 22 del progetto.

A nostro parere, il fondamento di questa tesi è, se ben si osserva, tutto da dimostrare. In proposito converrà ricordare, facendo riferimento a quanto accertato nel corso della presente indagine, come i numerosi casi di adozione di regole differenziate che si registrano durante l'intero processo di integrazione risultano sempre contrassegnati dal consenso – il più delle volte preventivo – che tutti gli Stati membri hanno realmente manifestato. Oltre al Patto *Euro Plus* l'unico caso nei confronti del quale si registra il venir meno di un generale consenso è, come in precedenza evidenziato, il TSCG del 2 marzo 2012, non essendosi ancora verificata la pur prevista integrazione delle sue norme nel quadro giuridico dell'Unione⁷⁰.

Per contro, negli accordi che si renderebbero necessari per dar vita ad un'“Europa sovrana” o a una “democratizzazione dell'Eurozona”, sarebbe ben difficile ravvisare la sussistenza di un generale consenso fra gli Stati membri, soprattutto in seno a quelli di tendenze “sovraniste”. Che una simile eventualità sia realisticamente da scartare, lo si può dedurre anche dal fatto che la stessa è seriamente presa in considerazione in seno al cosiddetto “nocciolo duro”: si levano infatti voci autorevoli secondo le quali molti Stati-euro sarebbero decisi ad andare avanti comunque, senza farsi ostacolare dai Paesi recalcitranti⁷¹. Tenuto conto anche della situazione politica a livello europeo, va in ogni caso esclusa la possibilità di giungere ad un accordo di revisione ai sensi dell'art. 48, par. 2, TUE, accordo che richiede il consenso di tutti gli Stati membri.

Stando così le cose, sarebbe difficile considerare gli accordi internazionali sulla cui base si dovrebbe procedere ad una “rifondazione” dell'Europa⁷² come accordi che, come quelli in precedenza presi in esame, darebbero vita ad un'Europa sempre più flessibile. In realtà questi accordi, se conclusi da una parte soltanto degli Stati membri e senza il consenso di tutti gli altri, come già dato per scontato, sarebbero da considerare puramente e semplicemente come esercizio della facoltà (legittima) di concludere accordi *inter se*, purché compatibili con il diritto dell'Unione, e segnatamente con i suoi Trattati istitutivi⁷³.

Altra questione è di tutta evidenza quella di sapere se, in concreto, simili accordi siano realmente compatibili con il diritto dell'Unione, soprattutto qualora si dovesse accertare, al di là del ricorrente auspicio di successive adesioni, che agli stessi si è giunti senza il consenso degli altri Stati membri, o addirittura contro la loro volontà. Una volta constatata l'incompatibilità, sarebbe giocoforza concludere che non più di “flessibilità”, ma di una vera e propria “frattura” del diritto dell'Unione si dovrebbe, a rigore di logica, parlare⁷⁴.

⁷⁰ Va comunque tenuto conto del numero molto elevato degli Stati membri che sono parti del Trattato in questione (i 19 Membri dell'Eurozona e 6 Stati “con deroga”).

⁷¹ In proposito si veda *supra*, par. 11, nota 62.

⁷² Ad una profonda trasformazione dell'intera Unione condurrebbero anche gli accordi che, come il già ricordato Trattato-Dem, dessero vita ad un ordinamento dell'Eurozona con regole ed organi propri: questi accordi di fatto ostacolerebbero, e non già favorirebbero, il conseguimento degli scopi unitari che sono a fondamento dei Trattati istitutivi.

⁷³ In questo senso si veda il principio affermato dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *Pringle*. Per quanto riguarda in generale il diritto dei trattati, va ricordato che secondo l'art. 30, par. 5, della Convenzione di Vienna del 1969 una questione di responsabilità internazionale potrebbe sorgere “per uno Stato dalla conclusione o dall'applicazione di un trattato le cui disposizioni siano incompatibili con gli obblighi di cui sia destinatario nei confronti di un altro Stato per effetto di un altro trattato”.

⁷⁴ Con specifico riferimento all'ipotesi di una cooperazione rafforzata – istituto previsto comunque dai Trattati istitutivi, come in precedenza sottolineato – è stato messo l'accento (T. GIEGERICH, *op. cit.*,

Abstract

The ‘Flexible Europe’ and the Consent of the Member States

The various studies that over the years have been dedicated to the ‘flexibility’ of European Law have often overlooked the relevant aspect of consent that member states have variously given, either in advance or in retrospect, by gradually assenting to a system of differentiated rules among the member states.

The paper reconstructs the continuous relationship between flexibility and consent established during the process of European integration with the aim of underlining how, if devoid of the necessary consent among the member states, the recent proposals for a radical reform of the EU may be incompatible with the Treaties and, for the first time, risk to cause a deep gulf within the Union.

p. 44) sul rischio che una integrazione differenziata basata sul consenso di una parte soltanto degli Stati membri “would lead to a kind of defibration of the Union, giving the impression of disintegration rather than consolidation”. Sempre con riferimento ad una “enhanced cooperation”, si veda, sostanzialmente nello stesso senso, E.H. KARNEL, *Between Flexibility and Disintegration in EU Criminal Law*, in D. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *op. cit.*, p. 384 ss.

Roberto Baratta*

Droits fondamentaux et “valeurs” dans le processus d’intégration européenne**

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. L’importance des droits fondamentaux et des valeurs. – 3. Droits fondamentaux et valeurs tels que “ground rules” (“metanorme”) d’un pacte constitutif entre les peuples d’Europe. – 4. La différence entre droits fondamentaux et valeurs. – 5. Le rôle clé de la “doctrine des valeurs” dans le processus d’intégration européenne. A) Les valeurs imposent des obligations *erga omnes partes*. B) Les valeurs constituent un patrimoine juridique intangible des individus. C) La responsabilité de garantir un niveau minimal d’homogénéité constitutionnelle. D) La doctrine des valeurs s’applique aussi aux matières relevant de la compétence interne de l’État. E) L’importance de la doctrine des valeurs par rapport à la reconnaissance des jugements. F) Les valeurs en tant que des “principes de structure” de l’ordre juridique. – 6. Mise en cause de la responsabilité en cas de violation des droits et des valeurs. A) Les instruments de *public enforcement*. B) Le recours préjudiciel. – 7. Conclusions.

1. En disant “intégration européenne” j’envisage un idéal qui n’est pas né dans les années cinquante avec les traités fondateurs des anciennes Communautés européennes. En effet, selon une intéressante thèse historiographique, cette idée remonterait au siècle des Lumières. Ensuite, pendant le dix-huitième siècle, le cosmopolitisme européen aurait pris pleinement conscience de l’“idée d’Europe” qui, effectivement, est bien présente dans la pensée de Montesquieu, Machiavel et Voltaire. Cette idée, en soi élitiste, se manifeste, avant tout, comme unité culturelle et morale, tout à fait spécifique à l’Europe; elle se distingue également comme unité politique particulière, fondée, pour l’essentiel, sur le partage de principes politiques et de droit public, et notamment sur l’idéal de liberté, inconnu à l’époque dans d’autres parties du globe¹.

Au XXème siècle, la construction européenne a été caractérisée par le concept d’“intégration” à la fois des entités étatiques et des peuples, conformément à l’idée originaire des pères fondateurs des Communautés européennes.

Le droit primaire s’inspire de cet objectif qui figure dans le préambule du traité de l’Union. Celui-ci vise à ce que les États membres soient résolus “à poursuivre

* Ordinario di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di Macerata.

** Testo di una conferenza tenuta il 4 dicembre 2018 all’Amphitheatre Bachelard dell’Ecole de droit dell’Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

¹ F. CHABOD, *Storia dell’idea di Europa*, Bari, 1964, spéc. pages 119-120, et p. 161 s.

le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe". Bien que dans un contexte international, la notion d'intégration a acquis des contours tout à fait particuliers visant à réaliser un phénomène d'osmose entre États et peuples dans un cadre juridique d'"interpénétration"². Il ne s'agit plus d'un traité international ordinaire visant *sic et simpliciter* des relations interétatiques. C'est plutôt un nouvel ordre juridique qui, grâce à la valorisation de certains caractères originaires des traités communautaires faite par la Cour de justice, a mis au centre, dans une logique kantienne, les individus, les acteurs économiques, ainsi que les États dans une vision dynamique et unitaire.

Au fil d'une multitude de réformes, l'Union s'est fondée sur une structure qui est incomparable à celles des organisations internationales classiques, en ce sens qu'elle i) possède une nature supranationale, ii) elle est englobée dans un projet impliquant un réaménagement des souverainetés nationales³, et iii) finalement, elle est qualifiée par l'adoption de normes juridiques matérielles uniformes⁴, souvent capables de s'adresser directement aux ressortissants. Ceux-ci sont des éléments qui ont conduit la doctrine des années soixante-dix à conceptualiser l'idée d'intégration en ce sens d'une "communauté des peuples et d'États"⁵.

Même étant à plusieurs égards encore incomplète, cette idée d'unification des peuples s'est progressivement enrichie d'un noyau de droits fondamentaux. De plus le processus a discrètement acquis un "système commun des valeurs" qui vient assumer un rôle primordial dans la jurisprudence très récente de la Cour de justice.

J'essayerai de vous proposer un regard structurel sur les traités européens, pour vérifier s'ils contiennent, du moins, les fondements d'une "communauté de droits et des valeurs", et non plus simplement d'institutions supranationales ayant la compétence d'établir un droit uniforme; il s'agit, à mon sens, d'un ensemble de droits et valeurs susceptible de façonner l'esprit de la société européenne afin qu'elle puisse progresser, à terme, vers une communauté plus homogène de peuples.

On est tous conscient du fait que n'importe quelle perspective visant à renforcer l'idée d'un esprit européen commun entre en collision avec certaines idéologies politiques qu'y s'opposent; et cela notamment dans un moment historique marqué par la crise économique, ainsi que de politiques d'austérité, où les nationalismes gagnent du terrain. Il ne faut pas sous-estimer les risques de ces dérives qui pourraient aussi mener jusqu'à la dissolution du projet européen.

² P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européenne*, Bruxelles, 2005 (réimpression de l'ouvrage publié chez A.W. Sijthoff-Leiden en 1972), *passim*, notamment p. 58 s.

³ P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, cit., p. 31 s.; F. CAPOTORTI, *Supranational Organizations*, in *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, 1983, V, p. 262 s. A propos de la souveraineté étatique on a dit qu'elle "ne représente qu'un type historique et temporaire d'autorité politique, relatif à une période": C. DELSOL, *La grande méprise. Justice internationale, gouvernement mondial, guerre juste ...*, Paris, 2004, p. 34.

⁴ P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, cit., p. 65 s.; J. WELER, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, 1981, pages 267 ss.

⁵ L'unification politique n'est pas un objectif consacré par des engagements formels. Pourtant, "on ne peut pas faire abstraction d'une telle évolution dans le domaine des virtualités" (P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, cit., p. 29) car, comme l'auteur le notait, l'unité politique de l'Europe occidentale avait été confirmée pendant la conférence de La Haye en 1969 (*ivi*, p. 28).

Mais je ne plongerai pas mon regard dans une analyse politique. Ce ne serait pas le métier d’un juriste. La perspective que je vous propose est exclusivement juridique et vise à montrer certains points cardinaux du système juridique de l’Union tel qu’il a évolué à la suite de la réforme de Lisbonne et de la jurisprudence de la Cour de justice.

A cette fin, j’essaierai de mettre l’accent sur l’importance des droits fondamentaux et des valeurs dans le système juridique de l’Union, surtout puisqu’ils peuvent être conçus en tant que piliers normatifs d’un pacte constitutif entre les peuples d’Europe. Sur le plan structurel, il faudra aussi noter les différences juridiques entre les droits fondamentaux et les valeurs, notamment en ce qui concerne leur respectif champ d’application. Dans ce cadre juridique, la doctrine des valeurs pourrait avoir un rôle clé dans l’idéal de construction européenne, compte tenu de la jurisprudence récente de la Cour de justice. Je toucherai, pour terminer, à l’un des points les plus sensibles du système, c’est-à-dire l’efficacité du respect des droits et des valeurs, avant d’arriver aux conclusions.

2. Tout d’abord, les droits fondamentaux et les valeurs sont des ensembles normatifs identifiés dans des dispositions distinctes, et pourtant unis par le fait qu’ils sont placés au sommet des sources de droit de ce système.

Les droits fondamentaux, ainsi que les libertés et les principes sont *reconnus* dans la Charte des droits fondamentaux (art. 6, par. 1 TUE). Toutefois, à leur détermination contribuent aussi la CEDH, les traditions constitutionnelles communes aux États membres en tant que “principes généraux” du système juridique de l’Union (art. 6, par. 3 TUE) et les traités internationaux relatifs aux droits de l’homme conclus par les États membres. L’interdépendance de ces différentes sources dans la détermination des droits fondamentaux est évidente dans la jurisprudence de la Cour de justice⁶. Cela ne fait que refléter l’origine prétorienne (jurisprudentielle) des droits fondamentaux lorsque la Cour a *reconnu* ces garanties sous l’inspiration des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en suivant une méthode *lato sensu* de droit comparé.

Comme on le voit, la “reconnaissance” des droits fondamentaux suppose qu’ils ne sont pas créés par les traités, et qu’ils préexistent aux règles de droit⁷. A cet égard leur fondation ultime, leur appartenance à l’être humain, pourrait trouver des explications ailleurs et notamment dans l’état de nature, car il y a des droits de l’homme que le pouvoir public doit reconnaître et garantir. La philosophie, la morale, l’éthique, le droit naturel, y compris le Christianisme⁸, peuvent fournir

⁶ CJUE, arrêt du 26 juin 2007, aff. C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophones e a.*, point 29, ECLI:EU:C:2007:383; arrêts du 3 septembre 2008, aff. C-402/05 P et aff. C-415/05 P, *Kadi*, ECLI:EU:C:2008:46, points 283 et 335.

⁷ Cette idée est bien présente dans le préambule de la Déclaration universelle des droits de l’homme lorsqu’elle considère que “la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde”, mais aussi lorsqu’elle fait référence à “la conscience de l’humanité”.

⁸ Dans l’église catholique la question de droits de l’homme a acquis une place importante avec le Concile Vatican II et le magistère du Pape Jean Paul II (M. PERA, *Diritti umani e cristianesimo. La Chiesa alla prova della modernità*, Venezia, 2015, p. 23 ss.; D. MURRAY, *The strange death of Europe. Immigration, Identity, Islam*, London, 2017, p. 5 s., et 213; J. RATZINGER BENEDETTO XVI, *Liberare la libertà. Fede e politica nel terzo millennio*, Siena, 2018, p. 9).

la clé de lecture, la matrice et le support des droits humains⁹. On reviendra sur ce syncrétisme entre le droit positif et d'autres sciences sociales lorsqu'on se penchera sur le thème les valeurs.

A leur tour, les valeurs, en tant que règles juridiques enchâssées dans le droit *positum* des traités, sont principalement indiquées dans l'art. 2 TUE. La liste comprend la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, la prééminence du droit, les droits de l'homme et les droits des minorités (art. 2, première phrase, TUE). Sur le plan formel, il convient de souligner le chevauchement *inévitabile* des valeurs et des droits, car, comme on peut le constater, la liste inclut les droits de l'homme. *Inévitabile*, parce qu'il est difficile, a priori, imaginer que l'on puisse respecter les droits fondamentaux, sans respecter les valeurs et inversement.

Comme l'indique de plus en plus la jurisprudence récente de la Cour de justice, les valeurs expriment les fondations du bâtiment européen. Il convient également de souligner la deuxième partie de la même disposition, et notamment le rôle fondamental que les valeurs sont appelées à jouer dans les ordres juridiques nationaux. En effet, il est dit que les valeurs sont "communes aux États membres" auxquels elles s'imposent, car les respectives sociétés nationales sont informées, *rectius* doivent se conformer au pluralisme, ainsi qu'à la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre hommes et femmes (art. 2, deuxième phrase TUE).

Si les valeurs lient à la fois les institutions et les États membres, on peut parler d'une "communauté des valeurs" qui relie l'Union, les États et les peuples.

Ainsi, comme l'on vient de le constater, les droits fondamentaux et les valeurs sont encadrés dans des *préceptes juridiques de conduite*. Il n'en reste pas moins que les deux expriment des besoins éthiques de la société humaine. Car la "loi positive (...) s'inspire d'une culture et d'une éthique communes"¹⁰; autrement dit, le droit demeure dans "un *ordo* non scritto, o per dir meglio, scritto nel sostrato valoriale d'une vicenda storica, dove può essere decifrato e trasformato in principii e regole"¹¹. On ne saurait pas négliger le fait que droits et valeurs, loin d'être une création arbitraire des rédacteurs des traités, se présentent comme la traduction en termes légaux d'un phénomène social reconnu dans les traditions constitutionnelles nationales et dans la société européenne, s'agissant de règles acceptées par les démocraties nationales comme étant le droit¹². Ceux-ci nous semblent en effet la traduction en principes de droit des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe qui sont à la base du développement des "valeurs universelles qui constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit" au sein de la société européenne, selon la formulation du préambule du TUE¹³.

⁹ S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, Milano, 2004, p. 53 ss.; P. MANENT, *La loi naturelle et les droits de l'homme*, Paris, 2018, spéc. p. 8, 52 s.; et de manière critique P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, III ed., p. 188 s.

¹⁰ C. DELSOL, *La grande méprise*, cit., p. 71.

¹¹ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, p. 110; v. aussi du même auteur *Mitologie giuridiche della modernità*, préc., pages 123, 134 et 173.

¹² S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, cit., p. 37 ss.

¹³ Si l'on considère que ces préceptes lient les sociétés européennes, force est de constater leur relativité. Ils expriment l'identité de certaines communautés humaines, et non pas d'autres sociétés. L'universalisme des droits de l'homme et de valeurs n'est qu'un objectif à poursuivre. Cette relativité n'ex-

3. Droits fondamentaux et valeurs se prêtent à être évalués par des méthodes constructives et coutumières d’interprétation des traités internationaux, c’est-à-dire la méthode systématique reposant sur l’idée de cohérence d’un traité en tenant compte de l’ensemble de ses parties, ainsi que la méthode téléologique inspirée des objectifs fixés par les traités. Il s’agit d’ailleurs de méthodes souvent appliqués par la Cour de justice dans ses grands arrêts à partir des affaires *Van Gend & Loos* (doctrine de l’effet direct) et *Costa c. ENEL* (doctrine de la primauté).

On sait que depuis la réforme de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux a “la même valeur juridique que les traités” (art. 6, par. 1, TUE). Cela n’est pas uniquement pertinent en termes de hiérarchie des sources. Les droits fondamentaux constituent dans le système juridique de l’Union les normes fondamentales de la société européenne, des “peuples de l’Europe” (art. 1 TUE). Ils constituent également un cadre réglementaire destiné à protéger les libertés des citoyens vis-à-vis de l’Union, ainsi que des États membres eux-mêmes, c’est-à-dire face à l’exercice du pouvoir public, selon une conception fonctionnelle des droits fondamentaux typique des ordres juridiques occidentaux. Par ailleurs, il est clair, comme la Cour de justice vient de le préciser, que la Charte a vocation à s’appliquer directement devant les juges nationaux même dans le cadre d’un litige entre particuliers, lorsque la Charte dispose, en termes impératifs, un *droit fondamental* auquel il ne peut être dérogé que dans le respect du *contenu essentiel du même droit* (art. 52, par. 1, de la Charte)¹⁴.

Étant les piliers normatifs (*ground rules*) de la construction européenne, le système de valeurs et les droits fondamentaux peuvent être considérés comme le substrat normatif d’un pacte constitutif (pacte social) entre les citoyens et l’Union, susceptible de qualifier en positif l’identité européenne.

Il s’ensuit que le processus d’intégration européenne ne peut plus s’expliquer d’une “façon purement mercantiliste”, ou même comme un système juridique caractérisé uniquement par des institutions supranationales, ainsi que par des normes juridiques matérielles consacrées uniquement à assurer l’homogénéité du marché intérieur.

Ce processus d’intégration, du moins si on regarde la récente évolution des traités, nous paraît de plus en plus imprégné de valeurs sociales, culturelles, humanistes. L’État de droit prend notamment le sens de l’état de droit social, en termes de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs européens¹⁵, une question

clut pas, bien entendu, que l’Union européenne reste un système ouvert même à ceux qui ne partagent pas ces valeurs et ces droits. Ces derniers, en tant que le fondement ultime de la société européenne et synonyme de liberté, ont à faire en sorte que l’Union européenne soit nécessairement une entité ayant des frontières ouvertes, ainsi que tolérante aux personnes qui possèdent des valeurs différentes. Néanmoins, il n’est pas superflu de rappeler que, bien que la société européenne soit ouverte si elle ne veut pas se contredire, elle ne peut pas renoncer à son identité, ses racines, ses traditions. Cette ouverture doit être conciliée avec la protection de son identité.

¹⁴ Voir arrêt du 17 avril 2018, aff. C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, point 76, et surtout arrêt de la Grande Chambre du 6 novembre 2018, aff. C-684/16, *Max-Planck*, ECLI:EU:C:2018:874, points 74-81. Cf. L. BLATIERE, *L’effet horizontal de la Charte des droits fondamentaux – perspectives d’avenir*, in *Revue des affaires européennes*, 2018, p. 93 ss.

¹⁵ Voir la jurisprudence concernant les principes de droit social européen comme par exemple le droit au congé annuel payé (arrêt du 30 juin 2016, aff. C-178/15, *Sobczyszyn*, ECLI:EU:C:2016:502, point 20) ou sur les droits qui sont liés au droit au congé payé comme le droit à une indemnité financière pour les jours de congé annuel non pris (voir, en ce sens, les arrêts du 12 juin 2014, aff. C-118/13, *Bollacke*,

qui ne relève pas uniquement de l'intérêt individuel du travailleur, mais également de l'intérêt général¹⁶.

Ainsi l'Union et les États doivent à la fois poursuivre le respect de la dignité humaine, de la liberté, de la démocratie, de l'égalité, de la primauté du droit, des droits de l'homme et des minorités, ainsi que la croissance économique, l'emploi, la protection des travailleurs, le progrès social, la solidarité entre les générations (art. 3 TUE). S'y on ajoutait aussi la valeur de la paix et de la sécurité internationale et les principes de la Charte des Nations Unies¹⁷, il s'ensuit que le cadre juridique étoffe le *telos*, c'est à dire la nature et la substance du processus d'intégration européenne. Il s'agit d'un système qui repose sur un facteur clef d'intégration juridique: le partage de droits et valeurs.

Dans cette reconstruction, le tissu social est principalement constitué par les citoyens de l'Union qui sont les détenteurs de l'ensemble des valeurs, des garanties individuelles et des droits fondamentaux qui, à leur tour, sont susceptibles de représenter *in fieri* les piliers de l'identité civique européenne (*demoss*) basée sur le *status civitatis* de l'Union¹⁸.

Dans cette perspective, un statut supranational émerge en tant que tel: un statut non plus exclusivement lié à l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un État-nation, mais aussi et directement à l'Union.

Si la jurisprudence de la Cour de justice continuait à s'inspirer (selon un itinéraire déjà entamé dans ces dernières années) du système commun de valeurs et de la Charte des droits fondamentaux, et si les Cours suprêmes nationales pourront contribuer à les valoriser, ce patrimoine commun pourrait progressivement devenir un facteur d'unification des peuples européens, ainsi que des États membres. Droits et valeurs deviendraient non seulement des règles de droit visant à protéger les individus, mais également des porteurs de l'identité commune européenne, susceptible d'articuler le contrat constitutif entre les peuples européens et la construction d'une "maison commune".

Les valeurs communes pourraient aussi jouer un rôle de passerelle entre le droit commun et le droit national: lorsque la théorie de la primauté du droit de l'Union est confrontée aux théories de "contre-limites" invoquées par plusieurs Cours constitutionnelles (notamment allemande et italienne) pour sauvegarder le noyau dur de la souveraineté nationale, la "communauté des valeurs" deviendrait un outil d'harmonisation entre ordres juridiques, une "règle pont" qui pourrait encourager davantage de dialogue constructif entre la Cour de justice et les Cours suprêmes nationales. Car un juge national qui invoque une contre-limite pour protéger un intérêt interne de

ECLI:EU:C:2014:1755, point 17; du 20 juillet 2016, aff. C-341/15, *Maschek*, ECLI:EU:C:2016:576, point 27; du 20 janvier 2009, aff. C-350/06 et aff. C-520/06, *Schultz-Hoff et a.*, ECLI:EU:C:2009:18, point 62; du 20 juillet 2016, *Maschek*, point 31; du 29 novembre 2017, aff. C-214/16, *King*, ECLI:EU:C:2017:914, point 65; du 12 juin 2014, aff. C-118/13, *Bollacke*, ECLI:EU:C:2014:1755, points 25, 26 et 30; arrêt du 19 septembre 2013, aff. C-579/12, *Réexamen Commission c. Strack*, ECLI:EU:C:2013:570, point 32).

¹⁶ Voir, sur cette idée, conclusions de l'avocat général Stix-Hackl dans les affaires jointes *Robinson-Steele et a.* (aff. C-131/04 et aff. C-257/04, ECLI:EU:C:2005:650, point 79).

¹⁷ R. BARATTA, *International Peace and Security as a Normative Value of the EU Foreign Policy – CSDP Missions*, in E. SCISO, R. BARATTA, C. MORVIDUCCI (sous la direction de), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Torino, 2016, p. 86 s.

¹⁸ V. *ex pluribus* CJUE, arrêt du 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, ECLI:EU:C:2001:458, point 31; arrêt du 17 septembre 2002, aff. C-413/99, *Baumbast et R.*, ECLI:EU:C:2002:493, point 82.

nature à justifier, en principe, une restriction au droit de l’Union, devrait du moins considérer cette position sous l’angle aussi des valeurs communes.

4. Il convient de noter que les droits fondamentaux et les valeurs sont interdépendants, mais distincts, notamment parce-que leurs champs d’application respectif ne coïncident pas. Sur le plan structurel, les droits et les valeurs sont interdépendants, car le respect des valeurs nécessite la protection des droits fondamentaux, et inversement¹⁹. Les traités reflètent cela dans l’art. 2 TUE qui inclut le respect des droits de l’homme dans les valeurs du système.

Tant les droits que les valeurs se caractérisent par un objectif principal qui représente le trait typique des sociétés occidentales: la protection de l’individu *uti singuli* et dans ses articulations en groupes, vis-à-vis l’autorité du pouvoir public. Les droits et les valeurs constituent une limite à l’exercice du pouvoir public, leur respect en étant une condition de légitimité vis-à-vis des institutions européennes²⁰, ainsi que des États membres.

Droits fondamentaux et valeurs, cependant, sont également des catégories juridiques distinctes. Bien qu’ils jouissent d’une relation d’interdépendance, le champ d’application des valeurs ne coïncide pas avec celui des droits fondamentaux. Cette distinction ne repose pas sur le seul fait que les droits sont visés dans la Charte, dans la CEDH et dans les traditions constitutionnelles communes, alors que les valeurs sont énoncées dans d’autres dispositions. La distinction est caractérisée davantage et, à mon avis, elle repose sur la nécessité d’accroître la protection des personnes. En effet, elle réside principalement dans le fait que, contrairement aux droits fondamentaux, le respect de valeurs communes ne dépend pas de la mise en œuvre au préalable de l’acquis par le biais d’une activité institutionnelle de production législative. En d’autres termes, la protection des valeurs ne présuppose pas l’exercice au préalable des compétences attribuées à l’Union. Ainsi, si la Charte des droits fondamentaux est applicable aux États membres dans les limites des compétences de l’Union (art. 51 de la Charte), le champ d’application des valeurs ne connaît pas la même restriction puisque les valeurs s’imposent aux États même dans leurs *domestic jurisdiction*, du seul fait de leur appartenance à l’Union. La preuve en est que la procédure en manquement concernant le respect des valeurs (art. 7 TUE) ne présuppose pas l’atteinte d’actes spécifiques de l’acquis.

5. Dans ce cadre juridique, la doctrine des valeurs est susceptible de jouer un rôle clé, selon une perspective d’interprétation systématique et téléologique qui vient d’être confirmée par la jurisprudence très récente de la Cour de justice. Il convient de mettre en exergue du moins six composantes juridiques de cette doctrine, qui impose des obligations indivisibles (A), constitue le patrimoine juridique intangible des individus (B), demande aux États membres un niveau minimal d’homogénéité constitutionnelle (C), s’applique *inter alia* aux matières relevant de la compétence interne de l’État (D), en étant la condition essentielle et impérative pour l’application des règles de reconnaissance des décisions qui caractérisent l’Espace de liberté, sécurité et justice (E). Finalement, les valeurs sont des “principes de structure” de

¹⁹ Cf. T. BINGHAM, *The Rule of Law*, London, 2010, p. 67; N. MACCORMICK, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, 2007, p. 189.

²⁰ CJUE, arrêt *Kadi I*, points 283 s.

l'ordre juridique, capables de marquer son interprétation et application à plusieurs degrés (F).

A) Tout d'abord, le respect des valeurs communes peut être conceptualisé comme une obligation *erga omnes partes* puisqu'il y a un intérêt commun ou général des États membres à ce que chacun d'entre eux s'acquitte de cette obligation. Cette qualification met l'accent sur le caractère *indivisible* de l'obligation en question ou, pour mieux dire, de la responsabilité qu'il s'ensuit, de sorte que chaque État membre doit respecter cette obligation envers l'Union, envers les autres États membres et envers des particuliers. En d'autres termes, chacun des titulaires de droits correspondant à cette responsabilité a un intérêt juridique protégé par le droit de l'Union, de sorte que chaque État, dans sa juridiction nationale, est responsable du respect des valeurs envers les autres sujets du système juridique.

La récente pratique institutionnelle semble confirmer la nature indivisible que l'obligation du respect des valeurs entraîne. Par exemple, en rendant compte d'une discussion au Conseil, à la suite d'une communication de la Commission sur le respect de l'état de droit en Pologne, la Commission a noté que durant le Conseil Affaires générales du 16 Mai 2017 "(u)n large consensus s'est dégagé autour de la table pour dire que l'État de droit est un intérêt commun et une responsabilité commune des institutions de l'Union et des États membres"²¹.

Également, dans l'affaire *Achmea* la Cour de justice a réaffirmé, après l'avis 2/13, que "[l]e droit de l'Union repose (...) sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée"²². Ces mots sont susceptibles d'être interprétés en ce sens que le "partage reconnu et réciproque" entre États membres de valeurs communes donne lieu à un ensemble d'obligations indivisibles.

B) S'agissant de la dimension interne de la doctrine des valeurs, son caractère indivisible et de solidarité implique que chaque pays doit garantir les valeurs communes à la fois à l'Union, aux autres États membres ainsi qu'aux individus²³. Quant à ces derniers, les valeurs servent surtout à protéger les êtres humains contre les institutions, ainsi qu'envers leur propre État national. Autrement dit, une fois que le respect des valeurs est inscrit dans les traités, les individus, en tant que sujets de droit du système juridique de l'Union²⁴, jouissent du droit à leur protection même à l'encontre de l'État membre d'appartenance ou de résidence. Cela fait partie de leur héritage historique (qui va du bas vers le haut) et surtout

²¹ Recommandation (UE) 2017/1520 de la Commission du 26 juillet 2017 concernant l'État de droit en Pologne complétant les recommandations (UE) 2016/1374 et (UE) 2017/146, 'considérant' 21.

²² CJUE, arrêt du 6 mars 2018, aff. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, point 34.

²³ *Ex multis* CJCE, arrêt du 23 avril 1986, aff. 294/83, *Les Verts*, ECLI:EU:C:1986:1339, point 23; arrêts du 21 septembre 1989, affaires jointes 46/87 et 227/88, *Hoechst*, ECLI:EU:C:1989:2859, point 19, arrêt du 22 décembre 2010, aff. C-279/09, *DEB*, ECLI:EU:C:2010:13849, point 58 (concernant la séparation de pouvoirs dans les États membres).

²⁴ CJCE, arrêt du 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, point 23, où la Cour de justice souligne la subjectivité des ressortissants des États membres et le fait que "le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique".

de leur “patrimoine juridique intangible” selon une approche adoptée par la Cour de justice à propos de certaines libertés fondamentales encadrées dans le droit primaire. Cette approche nous semble susceptible d’englober la doctrine des valeurs qui est ici envisagée²⁵.

En ce qui concerne les États membres, ils peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés partout dans le champ d’application territorial du droit commun: tout État est responsable et a le devoir de favoriser, conjointement avec les institutions et individuellement, la réalisation des valeurs de l’Union, en tant que principes intransgressibles du droit primaire, conformément aux prescriptions de l’art. 2 TUE, et d’aider l’Union à s’acquitter de ses responsabilités concernant le respect et la promotion des valeurs. L’intérêt que les États membres possèdent relativement au respect de valeurs est, quant à sa teneur, général et uniforme pour chacun d’entre eux, s’agissant d’un intérêt protégé par l’ordre juridique de l’Union. En effet, il n’y a aucune raison pour qu’un intérêt qui relève des individus européens – surtout du fait qu’il se rattache à leurs racines communes – ne puisse être qualifié comme étant d’intérêt juridique.

C) Dans cette perspective, la doctrine des valeurs implique l’exigence de garantir un niveau minimal d’homogénéité constitutionnelle s’imposant aux États membres, même lorsqu’ils mènent des actions en dehors de la mise en œuvre du droit de l’Union. Il convient de souligner que, dans cette perspective, tout État n’est pas en condition d’assurer la reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et pénale, ainsi que le système européen commun d’asile, si l’un d’entre eux, singulièrement concerné, ne pouvait pas garantir, de manière concrète, dans son ordre juridique interne, la prééminence du droit, la légalité, l’accès à la justice, l’indépendance des juges, puisqu’il s’agit de règles de structure qui sont à la racine du principe de la confiance mutuelle entre ordres juridiques nationaux²⁶.

De manière plus générale, les États membres sont, en principe, “tenus de contrer” la situation créée par un autre État membre qui ne respecte pas les valeurs, afin qu’il soit mis fin à cette violation. Dans cette perspective, mériterait d’être valo-

²⁵ Le droit de l’Union “de même qu’il crée des charges dans le chef des particuliers, le droit de l’Union est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique. Ces droits naissent non seulement lorsqu’une attribution explicite en est faite par les traités, mais aussi en raison d’obligations que ceux-ci imposent d’une manière bien définie tant aux particuliers qu’aux États membres et aux institutions de l’Union” (CJCE, arrêt du 6 juin 2013, aff. C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, point 20; v., en ce sens, aussi CJCE, arrêts du 19 novembre 1991, aff. C-6/90 et aff. C-9/90, *Francovich et a.*, ECLI:EU:C:1991:428, point 31, ainsi que CJCE, arrêt du 20 septembre 2001, aff. C-453/99, *Courage et Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, point 19, ainsi que la jurisprudence citée).

²⁶ En ce qui concerne le système commun d’asile, la Cour de justice a affirmé que “[c]’est précisément en raison de ce principe de confiance mutuelle que le législateur de l’Union a adopté le règlement n° 343/2003 et les conventions visées aux points 24 à 26 du présent arrêt en vue de rationaliser le traitement des demandes d’asile et d’éviter l’engorgement du système par l’obligation, pour les autorités des États, de traiter des demandes multiples introduites par un même demandeur, d’accroître la sécurité juridique en ce qui concerne la détermination de l’État responsable du traitement de la demande d’asile et ainsi d’éviter le forum shopping, l’ensemble ayant pour objectif principal d’accélérer le traitement des demandes dans l’intérêt tant des demandeurs d’asile que des États participants. Dans ces conditions, il doit être présumé que le traitement réservé aux demandeurs d’asile dans chaque État membre est conforme aux exigences de la Charte, à la convention de Genève ainsi qu’à la CEDH” (CJUE, Grande Chambre, arrêt du 21 décembre 2011, aff. C-411/10 et aff. C-493/10, *N.S.*, ECLI:EU:C:2011:865, points 79 et 80).

risé un passage, abstraction faite de son caractère incident, de l'avis 2/13 où la Cour de justice a souligné l'“importance fondamentale”²⁷ du principe de la confiance mutuelle entre les États membres en vue de la création et du maintien d'un espace sans frontières intérieures de liberté, de sécurité et de justice: cette “construction juridique repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée (...). Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre”²⁸.

D) Le respect de ce système commun de valeurs est ultérieurement caractérisé en termes juridiques. A cette fin, la responsabilité du respect des valeurs s'impose aux États membres même lorsqu'ils ne sont pas appelés à mettre en œuvre l'acquis de l'Union, étant donné que la cohérence aux valeurs couvre également le champ des compétences internes de chaque État.

Comme le montre la jurisprudence de la Cour, l'administration publique de la justice en est un exemple clair. Tout en demeurant de la compétence des États, l'administration de la justice est soumise au respect des valeurs de l'Union, telles que l'État de droit et les garanties d'indépendance des juges. Dans l'affaire *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, la Cour a insisté sur l'obligation des États membres de garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire conformément à une lecture conjointe des articles 19, par. 1, deuxième alinéa, TUE et 2 TUE²⁹.

Il s'ensuit que, même dans cette sphère interne, l'État membre n'est pas *legibus solutus*, ni au-dessus des valeurs. Il s'ensuit également que le projet d'intégration européenne se caractérise par le partage absolu de ce système de valeurs, dont l'efficacité est ainsi renforcée. En effet, la construction européenne ne peut fonctionner que si tous les États membres se comportent de manière cohérente par rapport au cadre normatif des valeurs, même s'ils agissent dans le cadre de leur souveraineté interne.

Si la règle du respect des valeurs revêt un contenu juridique général et horizontal, force est de constater que la conformité aux valeurs devient une question d'intérêt commun. En effet, les États membres ne sont pas libres de s'éloigner des éléments constitutifs de l'appartenance à l'Union. Par conséquent, ils ne pourraient

²⁷ Avis 2/13 (ass. plén.), ECLI:EU:C:2014:2454, point 191.

²⁸ *Ivi*, point 168 (nous soulignons). Il s'agit en plus d'un principe que la Cour de justice avait déjà mentionné auparavant: v. les arrêts CJUE, du 29 janvier 2013, aff. C-396/11, *Radu*, ECLI:EU:C:2013:39, points 33 et 34; CJUE, Grande Chambre, du 26 février 2013, aff. C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, point 37.

²⁹ CJUE, arrêt du 27 février 2018, aff. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2018:117, point 42 (“La garantie d'indépendance, qui est inhérente à la mission de juger (...), s'impose non seulement au niveau de l'Union, pour les juges de l'Union et les avocats généraux de la Cour, ainsi que le prévoit l'article 19, paragraphe 2, troisième alinéa, TUE, mais également au niveau des États membres, pour les juridictions nationales”) et point 44 (“La notion d'indépendance suppose, notamment, que l'instance concernée exerce ses fonctions juridictionnelles en toute autonomie, sans être soumise à aucun lien hiérarchique ou de subordination à l'égard de quiconque et sans recevoir d'ordres ou d'instructions de quelque origine que ce soit, et qu'elle soit ainsi protégée d'interventions ou de pressions extérieures susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de jugement de ses membres et d'influencer leurs décisions”).

même pas invoquer leurs identités nationales (ou constitutionnelles) respectives afin de justifier l’infraction faite aux valeurs en question. Autrement dit, il ne peut y avoir désaccord entre le respect de l’identité nationale des États membres (art. 4, par. 2, TUE), et le respect des valeurs de l’Union: un État membre ne pourrait pas justifier la violation systématique des valeurs communes parce qu’il doit protéger son identité. Par exemple, dans une affaire récente la Pologne a fait valoir les effets prétendus disproportionnés des contingents de relocalisation des migrants pour les États membres qui sont “presque ethniquement homogènes comme la Pologne” et dont la population différerait, d’un point de vue culturel et linguistique, des migrants devant être relocalisés sur leur territoire³⁰. La Grande Chambre a rejeté cette argumentation en soulignant non pas uniquement son irrecevabilité sur le plan procédural, ce qui aurait été suffisant. Elle n’a pas manqué d’ajouter sur le fond “que des considérations liées à l’origine ethnique des demandeurs de protection internationale ne peuvent pas être prises en compte en ce qu’elles seraient, de toute évidence, contraires au droit de l’Union et notamment à l’article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”³¹. Même si la réponse ne se réfère pas aux valeurs de l’Union, la logique nous paraît semblable. Par ailleurs, lorsqu’elle a été saisie d’une demande de décision préjudicielle qui invoquait l’identité nationale d’un État membre afin de ne pas respecter le droit de l’Union, la Cour de justice a considéré que la marge d’appréciation dont les autorités nationales disposent doit s’aligner aux principes, voire aux valeurs de l’Union³².

E) Le respect des valeurs communes constitue aussi le pilier de la coopération judiciaire en matière pénale et civile. En effet, la jurisprudence de la Cour a précisé depuis longtemps que le respect des valeurs fondatrices de l’Union, et notamment celle de l’État de droit ou, autrement dit, de la *rule of law*³³, est une condition essen-

³⁰ CJUE, Grande Chambre, arrêt du 6 septembre 2017, aff. C-643/15 et aff. C-647/15, *République slovaque et Hongrie c. Conseil*, ECLI:EU:C:2017:631, point 302.

³¹ *Ivi*, point 305.

³² Cf. par exemple CJCE, arrêt du 14 octobre 2004, aff. C-36/02, *Omega*, ECLI:EU:C:2004:614, où la Cour a estimé que la justification à la restriction à la liberté de prestation de service fondée sur la valeur fondamentale consacrée par la constitution nationale, à savoir la dignité humaine, s’harmonisait avec le droit de l’Union qui “tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. Il ne fait donc pas de doute que l’objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire” (point 34). V. aussi l’arrêt CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806, points 81 s. Étant donné que dans ce cas de figure, le gouvernement autrichien invoquait le respect de la loi d’abolition de la noblesse de 1919 et plus généralement du principe constitutionnel d’égalité de tous les citoyens autrichiens, la Cour a bien considéré que “l’ordre juridique de l’Union tend indéniablement à assurer le respect du principe d’égalité en tant que principe général du droit. Ce principe est également consacré à l’article 20 de la charte des droits fondamentaux. Il ne fait donc pas de doute que l’objectif de respecter le principe d’égalité est compatible avec le droit de l’Union” (point 89). La même approche a été adoptée dans l’arrêt CJUE, Grande Chambre, arrêt du 5 décembre 2017, aff. C-42/17, *M.A.S.*, ECLI:EU:C:2017:936, où la Cour de justice a rappelé l’importance, tant dans l’ordre juridique de l’Union que dans les ordres juridiques nationaux, que revêt le principe de légalité des délits et des peines, dans ses exigences relatives à la prévisibilité, à la précision et à la non-rétroactivité de la loi pénale applicable, car ce principe est, d’un côté, consacré à l’art. 49 de la Charte et s’impose aux États membres lorsqu’ils mettent en œuvre le droit de l’Union, conformément à l’art. 51, par. 1, et de l’autre côté fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres (points 51, 52 et 53).

³³ D. MOCKLE, *L’État de droit et la théorie de la rule of law*, in *Les Cahiers de droit*, 1994, p. 823 ss.

tielle et impérative pour l'application des règles de reconnaissance des décisions qui caractérisent l'Espace de liberté, sécurité et justice. En effet, le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière pénale et civile, ne peut fonctionner que si la *rule of law* est non seulement considérée abstraitement comme étant commune aux États membres, mais elle est effectivement garantie par les lois nationales. La reconnaissance mutuelle des jugements repose en effet, sans exception, sur la confiance mutuelle que les lois nationales se conforment à un niveau minimum d'homogénéité constitutionnelle, donné par le respect effectif des valeurs de l'Union et, en particulier, de l'État de droit. La relation entre la confiance mutuelle et la reconnaissance des jugements est intense, structurelle et indissoluble, comme le montre une série d'indications jurisprudentielles qui se prêtent à une reconstruction tout à fait cohérente avec cette perspective.

Sur la base de ces prémisses, la Cour de justice a récemment été en mesure d'affirmer dans l'affaire *Achmea* qu'un partage mutuel de valeurs entre les États membres est nécessaire pour devenir membre de l'Union et que ce partage est la prémisses essentielle pour garantir la confiance mutuelle entre systèmes juridiques nationaux³⁴.

Comme on peut le constater, le principe de reconnaissance mutuelle des décisions rendues par les tribunaux nationaux, prévu par les traités et par le droit dérivé, serait impensable si les systèmes juridiques des États membres ne respectaient pas l'indépendance des juges, ainsi qu'en général la *rule of law*.

Cette rigueur dans le respect des valeurs ne peut être comprise que si l'on reconnaît que le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et pénale entre les États membres s'inspire d'un modèle d'intégration si élevé que l'activité judiciaire d'un juge national finit par être considéré comme équivalente à celle du juge d'un autre État membre. L'ordre juridique de l'Union est fondé sur l'interchangeabilité des systèmes juridictionnels nationaux, car on présuppose qu'ils sont nécessairement conformes à des valeurs partagées et mutuellement reconnues.

La reconnaissance des décisions a un impact important sur les systèmes juridiques nationaux: elle implique, d'un côté, que les décisions rendues en matière civile et commerciale par un juge national puissent circuler librement, sans frontières, et de l'autre côté qu'un arrêt produise des effets identiques à ceux qu'il a déterminés dans l'État d'origine, devenant également obligatoires ailleurs. Dans

³⁴ “Le droit de l'Union repose ainsi sur la prémisses fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisses implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre. C'est précisément dans ce contexte qu'il incombe aux États membres, notamment, en vertu du principe de coopération loyale, énoncé à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa, TUE, d'assurer, sur leurs territoires respectifs, l'application et le respect du droit de l'Union et de prendre, à ces fins, toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union”, CJUE, arrêt du 6 mars 2018, aff. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, point 34; arrêt du 25 juillet 2018, aff. C-216/18 PPU, *LM*, ECLI:EU:C:2018:586, point 35. En ce qui concerne le principe de la confiance mutuelle entre les États membres voir aussi arrêt du 10 août 2017, aff. C-270/17 PPU, *Tupikas*, ECLI:EU:C:2017:628, point 49; arrêt du 10 novembre 2016, aff. C-452/16 PPU, *Poltorak*, ECLI:EU:C:2016:858, point 26.

une logique similaire à celle de la *Full Faith and Credit Clause* de la Constitution américaine (art. IV, sect. 1)³⁵, la construction européenne supprime les théories classiques de l’indépendance et de l’exclusivité des ordres juridiques nationaux, pour se fonder sur l’idée d’interchangeabilité de la *potestas iudicandi*. Puisque la *iurisdictio* d’un État membre devient équivalente à celle exercée par les juges nationaux, la technique de la reconnaissance automatique et mutuelle est en soi un signe d’inspiration au modèle d’intégration similaire à celui qui caractérise les États fédéraux. Par contre, comme on le sait, l’édifice européen n’entraîne pas un *pactum unionis* de nature fédérale visant l’extinction des États membres en tant que sujets de droit international, ni, parallèlement, la création d’une nouvelle entité étatique unitaire qui se substituerait à ceux-ci.

On peut alors bien comprendre la raison pour laquelle la Cour de justice a mis justement l’accent sur la nécessité de protéger le niveau élevé de coopération judiciaire atteint par la construction européenne.

À cet égard, il suffit rappeler l’arrêt récemment rendu par la Cour de justice dans l’affaire *LM*³⁶. Il s’agissait d’un mandat d’arrêt délivré par des juges polonais auquel l’intéressé (ne souhaitant pas être traduit devant les tribunaux polonais) s’était opposé face aux autorités irlandaises, affirmant notamment que cette remise l’aurait exposé à un risque réel de déni de justice en raison du manque d’indépendance des juges polonais. En effet, cette indépendance ne serait plus garantie à la suite de certaines réformes apportées au système judiciaire de ce pays.

Or, la Cour de justice a abordé la question en se demandant si en l’espèce, il y avait un risque réel de violation du droit fondamental de la personne concernée à un tribunal indépendant et, partant, de son droit fondamental à un procès équitable, tel qu’énoncé à l’art. 47, deuxième alinéa, de la Charte, afin que l’autorité judiciaire d’exécution puisse s’abstenir, à titre exceptionnel, de donner suite à un mandat d’arrêt européen. La Cour a souligné que l’exigence d’indépendance des juges relève du contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable, lequel revêt une importance cardinale en tant que garant de la protection de l’ensemble des droits que les justiciables tirent du droit de l’Union et de la préservation des valeurs communes aux États membres énoncées à l’art. 2 TUE, notamment, de la valeur de l’État de droit³⁷.

Finalement, la Cour a répondu qu’en présence d’éléments, tels que ceux figurant dans une proposition motivée de la Commission européenne, adoptée en application de l’art. 7, par. 1 TUE, tendant à démontrer l’existence d’un risque réel de violation du droit fondamental à un procès équitable garanti par l’art. 47, deuxième alinéa, de la Charte des droits fondamentaux, en raison des défaillances systémiques ou généralisées en ce qui concerne l’indépendance du pouvoir judiciaire de l’État membre d’émission du mandat d’arrêt, l’autorité judiciaire d’exécution doit vérifier, de manière concrète et précise, si, eu égard à la situation spécifique de cette personne, ainsi qu’à la nature de l’infraction pour laquelle elle est poursuivie et au contexte factuel à la base du mandat d’arrêt européen, et compte tenu des informations four-

³⁵ R. BARATTA, *La reconnaissance des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours*, t. 348, 2010, p. 253 ss., à p. 316.

³⁶ CJUE, arrêt *LM*.

³⁷ *Ivi*, points 48, 49 e 58.

nies par l'État membre d'émission, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que ladite personne court un tel risque, en cas de remise à ce dernier État.

En définitive, la Cour semble confirmer l'exactitude de l'opinion selon laquelle, dans les domaines de la coopération judiciaire en matière civile et pénale, le respect du système de valeurs communes et, surtout, de la *rule of law*, implique que les ordres juridiques nationaux ont la responsabilité de garantir, devant leurs tribunaux, la protection effective des positions juridiques individuelles, ainsi que l'indépendance et l'impartialité des tribunaux. S'il n'était pas le cas, il n'y aurait même pas les conditions minimales pour permettre aux traités et au droit dérivé de produire des effets conformes au système de valeurs. En d'autres termes, la coopération judiciaire entre les États membres tout simplement ne pourrait pas fonctionner.

F) Au niveau strictement juridique, les valeurs peuvent être définies comme des principes de droit ou "principes de structure" de l'ordre juridique, c'est-à-dire des normes de comportement qui encadrent l'activité institutionnelle et celle des États membres. Le terme "principe" est utilisé ici dans le même sens que les traités afin de marquer le caractère fondamental d'une règle, sans que celle-ci perde sa force de prescription obligatoire³⁸.

Ainsi, la conformité aux valeurs n'est pas seulement souhaitable s'agissant d'un simple objectif moral, mais les institutions "ont pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples" (art. 3, par. 1, TUE et, en termes presque identiques, art. 13, par. 1, TUE). Dans cette perspective, les valeurs relèvent du droit au moins pour trois motifs. En tout premier lieu, elles relèvent du droit en guidant l'interprète dans la lecture des autres dispositions "selon les valeurs" de l'Union. Ce cadre présuppose une culture juridique qui est sensible au travail créatif du juge; l'interprétation des sources s'ouvre aux valeurs, celles-ci tendant à se muer en véritable instrument de l'interprétation du droit. En deuxième lieu, la doctrine des valeurs constitue une limite au pouvoir de révision *in pejus* des traités puisque l'Union ne saurait éroder la base légale de sa légitimation. Finalement, la relevance juridique des valeurs devient le paramètre légal pour évaluer la conduite des États membres dans leur juridiction interne.

Il s'ensuit que la conformité aux valeurs normatives exprime aussi et surtout la raison d'être essentielle de la législation de l'Union, ainsi que de l'activité des États membres. Le caractère essentiel du respect des valeurs par chaque État membre, individuellement concerné, ne saurait être visé qu'à la lumière d'une lecture conjointe des trois dispositions de droit primaire prévues par les articles 2, 7 TUE et 269 TFUE³⁹. Cela nous amène, pour terminer, à analyser un des points les plus sensibles du système, c'est-à-dire l'efficacité du respect des droits et des valeurs par rapport à un État membre.

6. En règle générale, l'Union dispose de deux catégories d'instruments pour réagir face à un État membre qui ne respecterait plus les valeurs communes dans

³⁸ CJCE, arrêt du 8 avril 1976, aff. 43/75, *Defrenne*, p. 455, points 28 et 29.

³⁹ La perspective qu'on vient de proposer présuppose forcément que les valeurs aient une nature juridique. Autrement dit, elles ne jouent pas un rôle purement politico-symbolique (R. BARATTA, *La 'communauté de valeurs' dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, in *Revue des affaires européennes*, 2018, spéc. p. 85 s.).

son domaine. La première catégorie est donnée par les instruments publicistes, de *public enforcement*, confiés aux institutions (A). La deuxième catégorie est basée sur le recours préjudiciel qu’il appartient au juge national d’activer, en ayant le pouvoir et, sous certaines conditions, le devoir de soulever une question préjudicielle qui peut mettre pratiquement un État en face de la Cour de justice par le truchement du renvoi (B).

A) S’agissant des instruments publicistes on peut distinguer entre la “Rule of Law Framework” et la procédure prévue par l’art. 7 TUE, d’un côté (1), et la procédure d’infraction, de l’autre côté (2).

1) Comme on le sait, en cas de violation présumée systémique de valeurs, l’art. 7 TEU est activable. Cependant, les institutions politiques ont longtemps hésité à appliquer cette procédure, assimilée d’ailleurs à une option nucléaire par un ancien Président de la Commission.

C’est probablement pour cette raison aussi qu’en 2014, la Commission a élaboré la “Rule of Law Framework”. Divisée en trois phases, le “Framework” est destiné à précéder et vraisemblablement à ralentir la mise en œuvre de l’art. 7 TUE dans le cadre d’un dialogue constructif avec l’État membre concerné.

Après de nombreuses hésitations, la Commission a récemment entamé, par rapport à la Pologne, la procédure prévue par l’art. 7 TUE, après la clôture, sans avoir entre-temps reçu des réponses constructives, les différentes phases du “Framework”⁴⁰. De manière prévisible, la Commission s’est appuyée sur une notion, pour ainsi dire, épaisse, dense de *rule of law*, conformément aux premières interprétations par la Cour de justice d’un concept qui n’est pas défini par les traités⁴¹. En effet, la Commission a affirmé que la *rule of law* serait menacée dans un État qui adopte des réformes affectant la liberté de la presse, l’indépendance et la légitimité du jugement de constitutionnalité, et plus généralement l’indépendance de la juridiction, ainsi que le principe de la séparation des pouvoirs.

On pourrait maintenir que le “Framework” est un instrument peu efficace, comme le montreraient les premiers cas d’application pratique, dans la mesure où il conduirait à des résultats insatisfaisants, constituant en pratique un moyen pour retarder le recours à la procédure en manquement. En fait, les avertissements formulés par la Commission n’ont pas achevé les effets qu’elle souhaitait. Celle-ci a été même accusée d’ingérence dans les affaires intérieures des États concernés, ainsi que de manque de respect de leur identités nationales.

Pourtant, le “Framework” entraîne, semble-t-il, l’idée que son activation est susceptible de produire des effets dissuasifs, en plaçant au centre du débat public la violation systémique des valeurs dans un État membre. La conduite d’un gouvernement pourrait finalement être influencée non seulement par la poursuite inévitable de la procédure visée à l’art. 7 TUE, mais avant tout par un phénomène de désap-

⁴⁰ V. en général H. SCHMITT VON SYDOW, *Liberté, démocratie, droits fondamentaux et État de droit: analyse de l’article 7 du traité UE*, in *Revue du droit de l’Union européenne*, 2001, p. 285 ss.; I. PINGEL, *Commentaire de l’article 7 TUE*, in *De Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bale, 2010, II éd., p. 35 ss.; D. KOCHENOV, *Busting the myths nuclear: A Commentary on Article 7 TEU*, EUI Working Papers Law 2017/10, accessible en ligne.

⁴¹ CJUE, arrêt *LM*, point 48. Voir aussi R. BARATTA, *Rule of Law ‘Dialogues’ Within the EU: A Legal Assessment*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, p. 358 s., notes 5 et 6.

probation sociale de la part des autres acteurs de la société européenne lorsque ce gouvernement est impliqué *uti singuli* dans le “Framework”. N’est-il pas vrai en effet qu’en vertu du “Framework” l’État est tenu d’assumer la responsabilité de son action devant la Commission en répondant d’une manière constructive s’il souhaite éviter, le cas échéant, la procédure qui peut aboutir à des sanctions?

En tout état de cause, il est clair que si la Commission était convaincue qu’à l’égard d’un État membre qui ne respecte pas une ou plusieurs valeurs communes dans sa *domestic jurisdiction*, elle ne serait pas seulement habilitée à agir en vertu du “Framework”, mais elle devrait aussi déclencher la procédure prévue par l’art. 7 TUE, sa mission étant la protection de l’intérêt général de l’Union par le biais de mesures appropriées afin de garantir le respect des traités. D’ailleurs et surtout la Commission est responsable de rendre compte des conséquences de sa conduite. En d’autres termes, chaque fois que la Commission constate que le bon fonctionnement de la construction européenne est menacé, puisqu’un État membre, à son avis, ne se conforme plus au niveau minimal d’homogénéité constitutionnelle entraîné par le système de valeurs communes, cette même institution doit avant tout assumer la charge, en étant *accountable*, de l’exercice de ses pouvoirs ou bien de son inactivité. De toute évidence, il ne s’agit ni d’une obligation d’agir, ni d’une obligation de résultat. La Commission est toutefois obligée d’expliquer publiquement les raisons de son activité ou de son inaction, en étant le “gendarme” du respect des traités.

D’autre part, il faut admettre que la procédure publique de manquement prévue par l’art. 7 TUE n’est pas un outil facile à utiliser pour des raisons à la fois politiques et juridiques. D’un côté, les hésitations de la Commission sont peut-être dues à l’obstacle de l’unanimité devant le Conseil européen qui est un moment clé de la phase répressive en ouvrant la porte à la sanction prévue par l’art. 7, par. 3 TUE. Cette disposition prévoit en effet que le Conseil peut décider, statuant à la majorité qualifiée, une sanction à l’encontre de l’État concerné qui, à son tour, peut aboutir à la suspension de certains droits découlant des traités, y compris ses droits de vote au sein du Conseil. Il convient aussi de se souvenir des incertitudes du Conseil qui pour l’instant s’est limité à examiner la situation sans donner suite à la proposition motivée de la Commission visant à ouvrir la phase préventive de la procédure à l’encontre de la Pologne. Par ailleurs, on sait que par résolution du 12 septembre 2018 le Parlement européen a invité le Conseil à constater, conformément à l’art. 7, par. 1 TUE, l’existence d’un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l’Union est fondée⁴².

De l’autre côté, on sait que l’issue de la procédure de contrôle direct de la violation de valeurs ne peut être contestée que sous l’angle du respect des seules dispositions procédurales énoncées à l’art. 7 TUE (art. 269 TFEU). Les profils de mérite, et en particulier la nécessité et la proportionnalité de l’éventuelle sanction adoptée par le Conseil, ne peuvent donc pas être contestés devant le juge de l’Union. Ainsi, pour des raisons largement imputables à la réticence des États membres à accepter

⁴² Il convient d’observer que la Hongrie a demandé l’annulation de cet acte parce que le Parlement aurait gravement enfreint certaines dispositions du TFEU, ainsi que de son propre règlement intérieur (v. recours introduit le 17 octobre 2018, aff. C-650/18, *Hongrie c. Parlement européen*). V. G. CAGGIANO, *Brevi riflessioni sugli squilibri politico-istituzionali nella prospettiva dell’elezione del Parlamento europeo del 2019*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2019, spéc. p. 27 s.

l’ingérence dans une procédure caractérisée par le rôle dominant attribué aux institutions inter-gouvernementales, et qui se prêtent évidemment à être politisées, aucun contrôle juridictionnel est prévu par rapport à la sanction éventuelle, ainsi qu’au marge laissé à la discrétion du Conseil européen et du Conseil⁴³. En définitive, le système présente une faiblesse structurelle paradoxale si l’on considère que la sanction est adressée à un État membre pour violation de la *rule of law*, lorsque l’Union, elle-même, n’assure pas l’accès plein à la justice, bien qu’elle prétende se proposer comme un modèle parfait de “communauté de droit”⁴⁴.

2) Concernant la procédure d’infraction selon les articles 258 et 259 TFUE, en présence de violations de règles spécifiques de l’acquis, deux outils supplémentaires de contrôle juridictionnel sont envisageables.

Tout d’abord, la Commission peut très bien poursuivre des infractions spécifiques à l’acquis impliquant la violation de la communauté de valeurs, ainsi que de droits fondamentaux. L’exemple des recours en manquement à l’encontre de la Hongrie est significatif lorsque la Commission a ciblé l’adoption de régimes nationaux qui imposaient la cessation de l’activité professionnelle des juges, procureurs et notaires âgés de 62 ans et qui ont été résiliés de manière anticipée l’autorité de surveillance nationale, en créant une nouvelle autorité présidée par une autre personne; et enfin la mise en danger l’indépendance de la banque centrale hongroise⁴⁵.

En outre, en octobre 2018, la Commission a introduit devant la Cour de justice un recours en manquement contre la République de Pologne. Ce recours vise à constater que, en abaissant l’âge de départ à la retraite des juges de la Cour suprême et en l’appliquant aux juges nommés à la Cour suprême jusqu’au 3 avril 2018, ainsi qu’en accordant au président de la République de Pologne le pouvoir discrétionnaire de prolonger la fonction judiciaire active des juges de la Cour suprême, la République de Pologne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions combinées de l’art. 19, par. 1, second alinéa, TUE et de l’art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. La Commission présume évidemment que la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire serait sérieusement compromise. Autrement dit, le niveau minimum d’homogénéité constitutionnelle, dont je viens de parler, ne serait plus garanti par la Pologne.

Ce n’est pas inintéressant à noter, sur le plan institutionnel, que la Commission a utilisé la procédure prévue par l’art. 258 TFUE au lieu de l’art. 7 TUE. Même si l’art. 7 TUE devrait *a priori* prévaloir sur la procédure générale en infraction en vertu du principe de spécialité, l’application de l’art. 258 TFUE paraît raisonnable dans la mesure où la Commission démontre la violation des règles du traité autres que l’art. 2 TUE.

Quoi qu’il en soit, il convient aussi de noter à cet égard que le vice-président de la Cour, par ordonnance du 19 octobre 2018 adoptée *inaudita altera parte* et

⁴³ R. BARATTA, *La ‘communauté des valeurs’ dans l’ordre juridique de l’Union européenne*, cit., p. 83 s.

⁴⁴ CJCE, arrêt du 23 avril 1986, aff. 294/14, *Parti écologiste ‘Les Verts’ c. Parlement européen*, point 23; CJCE, arrêt du 25 juillet 2002, aff. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, point 40.

⁴⁵ Pour les références v. R. BARATTA, *Rule of Law ‘Dialogues’ Within the EU: A Legal Assessment*, p. 362 s.

donc véritablement insolite dans sa jurisprudence, à la demande de la Commission, après avoir constaté l'existence d'un *fumus bonis iuris* et l'urgence d'adopter des mesures provisoires, a souligné que: “[l]’exigence d’indépendance des juges relève du contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable, lequel revêt une importance cardinale en tant que garant de la protection de l’ensemble des droits que les justiciables tirent du droit de l’Union et de la préservation des valeurs communes aux États membres énoncées à l’art. 2 TUE, notamment, de la valeur de l’État de droit”⁴⁶, ainsi que “[l]a violation d’un droit fondamental tel que le droit fondamental à un tribunal indépendant, consacré à l’article 47, deuxième alinéa, de la Charte, est ainsi susceptible, en raison de la nature même du droit violé, de donner lieu par elle-même à un préjudice grave et irréparable”⁴⁷.

En plus, sur la base d’une approche qui n’est pas usuelle dans sa jurisprudence, par ordonnance du 15 novembre 2018, le Président de la Cour de justice a soumis la même affaire à la procédure accélérée, en rejetant l’opposition de la Pologne. Pour l’essentiel, la motivation de la Cour se fonde sur le fait que les doutes de nature systémique concernant la violation des garanties permettant d’assurer l’indépendance de l’instance judiciaire suprême d’un État membre seraient propres à engendrer une insécurité juridique et à entraver le bon fonctionnement de l’ordre juridique de l’Union, de telle sorte qu’il y a lieu de statuer rapidement sur le litige afin de limiter cette période d’incertitude. Selon le Président ces incertitudes sont également susceptibles d’avoir un impact sur le fonctionnement du système de coopération judiciaire qu’incarne le mécanisme de renvoi préjudiciel prévu à l’art. 267 TFUE, “clef de voute du système juridictionnel de l’Union européenne”, auquel l’indépendance des juridictions nationales, et notamment celle des juridictions statuant en dernier ressort, est essentielle⁴⁸.

Deuxièmement, strictement parlant, rien n’empêcherait un État membre d’avoir recours à l’instrument de procédure d’infraction interétatique (art. 259 TFUE) pour contester la violation systématique des valeurs fondatrices de l’Union par un autre État membre. Néanmoins, l’usage très limité de cet instrument dans la pratique, d’un côté, et les sentiments de solidarité mutuelle qui caractérisent souvent les relations entre les gouvernements nationaux, de l’autre côté, nous amènent à penser que cette hypothèse n’est pas capable d’apporter un surcroît d’efficacité.

B) Le deuxième instrument de réaction est basé sur les juges nationaux qui peuvent et parfois doivent soulever, même sur impulsion des individus concernés, des questions focalisées sur la violation systémique des valeurs et des droits fondamentaux au sein d’un État membre. La décision rendue dans la décision préjudicielle dans l’affaire *LM*, dont j’ai déjà dit, est significative à cet égard.

⁴⁶ Ordonnance du Président de la Cour, du 19 octobre 2018, aff. C-619/18, *Commission c. Pologne*, ECLI:EU:C:2018:852, point 21.

⁴⁷ *Ivi*, point 22. Il convient de rappeler qu’en 2017 la Grande Chambre de la Cour de justice avait déjà adopté une ordonnance inhabituelle des lors d’une procédure en manquement contre la Pologne, en lui imposant une astreinte en cas de non-respect des mesures provisoires adoptées par le juge des référés afin de “garantir l’application effective du droit de l’Union, laquelle est inhérente à la valeur de l’État de droit consacrée à l’article 2 TUE et sur laquelle l’Union est fondée” (ordonnance du 20 novembre 2017, aff. C-441/17 R, *Commission c. Pologne*, ECLI:EU:C:2017:877, point 102).

⁴⁸ Ordonnance du Président de la Cour, du 15 novembre 2018, *Commission c. Pologne*, point 21.

Il convient d’ajouter que, dans la mesure où la rupture des obligations fondamentales *erga omnes partes* est en jeu, la réaction généralisée et décentralisée déclenchée par des recours individuels requiert nécessairement la coopération des juges nationaux. Lorsqu’ils sont demandés de prêter leur activité de coopération judiciaire aux tribunaux de l’État dans lesquels le respect des principes de la légalité et de l’État de droit est menacé, ils devraient se sentir particulièrement impliqués, voire affectés par la prétendue violation de ces principes.

Dans cette logique, la juridiction de renvoi ne devrait pas acquiescer au fait qu’un autre État membre n’est pas en mesure de respecter les valeurs fondatrices du processus d’intégration européenne. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice se révèle un outil assez approprié pour réaliser un contrôle décentralisé du respect des droits fondamentaux et des valeurs.

7. Pour conclure, en vous remerciant de votre attention, le système juridique de l’Union nous paraît assez bien équipé “sur papier” par rapport au respect des droits humains et de valeurs. Ce système exprime désormais une “communauté de droits et des valeurs”, et non plus simplement un système mercantiliste fondé sur la création du marché intérieur. Bien qu’il nécessite d’être amélioré, il s’agit, à mon sens, d’un ensemble de “*metanorme*” (*ground rules*) susceptible de façonner l’identité européenne afin qu’elle puisse progresser, à terme, vers une communauté plus homogène de peuples. À titre complémentaire il convient de noter qu’il y a aussi un aspect important qu’il faut toujours avoir à l’esprit quand l’individu fait valoir ses droits, c’est-à-dire la responsabilité de chacun de contribuer au bien-être public.

La crise du processus d’intégration européen, pourtant, elle est là. Peut-être, pourrait-on dire, elle est surtout une crise qui se focalise sur les institutions politiques, dans la mesure où la politique européenne n’a pas été capable de surmonter le grand écart entre le “papier”, d’une part, et la vie réelle des peuples européens, d’autre part.

Aujourd’hui la construction européenne est en face à un véritable dilemme. Continuera-t-il, le processus d’intégration européenne, son chemin et sera-t-il en condition de se substituer aux États-nations? Ce serait prématuré de l’affirmer. Personne, ne le sait. On est, semble-t-il, sur une ligne de crête où l’on ne sait de quel côté le processus d’intégration peut basculer, le meilleur étant qu’il puisse continuer avec des réformes partagés par les peuples européens, le pire, la dissolution du projet des pères fondateurs, n’étant pas sûr, mais pas impossible non plus.

Abstract

Fundamental Rights and ‘Values’ in the European Integration Process

The paper highlights the importance of fundamental rights and common normative values within the European integration process. The author argues that they are the ‘ground rules’ of the European legal system. Fundamental rights and the common system of values are interdependent but different, particularly with regard to their respective scope. Furthermore, the author examines normative values through the prism of what he assumes to be their six basic components. The conclusion reached – keeping in due account the recent case-law of the Court of Justice – is that the ‘doctrine of values’ can play a key role in the European construction.

Martín Jesús Urrea Salazar*

Medio ambiente y desarrollo sostenible: una perspectiva de derecho internacional privado**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Derecho internacional ambiental. – 3. Derecho internacional privado y daños medioambientales. Desarrollo sostenible y respeto de los derechos humanos. – 4. *Sigue*: concepto de daño medioambiental y daños colaterales (responsabilidad ambiental y responsabilidad civil). – 5. Ley aplicable al daño medioambiental. El Reglamento Roma II. – 6. *Sigue*: ley aplicable a los contratos internacionales. Generalidades. – 7. *Sigue*: régimen jurídico del contrato. Leyes de policía. – 8. *Sigue*: reglamentación medioambiental como cláusulas contractuales. – 9. Acceso a la jurisdicción.

1. Podemos afirmar que la comunidad internacional ha asumido un “nuevo” consenso con la adopción de los Objetivos de Desarrollo sostenible (ODS), y la Agenda 2030 para el Desarrollo sostenible. Los buenos resultados y el alto consenso alcanzado con los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), auspiciaron sin duda esta nueva iniciativa¹. En efecto, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 aprueba el documento titulado “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” en el que se contienen los 17 objetivos de desarrollo sostenible y las 169 metas que han de guiar a todos los actores de lo que se ha venido en denominar *Alianza mundial para el desarrollo sostenible*². Sin embargo, la “hoja de ruta aún tiene muchas páginas en blanco que

* Profesor de Derecho internacional privado, Universidad Carlos III de Madrid.

** Por cortesía de la Editorial EuriConv, en este escrito se reproduce a continuación la ponencia del Autor en ocasión de la V Plenaria del congreso internacional *Dialogi europaei*, “Sulla convergenza nei valori, princípi, regole e pratiche del diritto dell’economia e dell’impresa”, Taranto, 11-14 diciembre 2018.

¹ El informe sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio 2015, elaborado en base a los datos reunidos por el Grupo Interinstitucional y de Expertos sobre los indicadores de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, hace un repaso a los logros alcanzados, pero también a las deficiencias e insuficiencia del trabajo, y a la necesidad de su continuación. Afirmaba Ban Ki-Moon en el prólogo al mismo, que “Los ODM ayudaron a que más de mil millones de personas escaparan de la pobreza extrema, a combatir el hambre, a facilitar que más niñas asistieran a la escuela que nunca antes, y a proteger nuestro planeta”. El informe, Pueden consultarse en www.un.org.

² Los 17 objetivos son los siguientes: 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo. 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible. 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades. 4. Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos. 5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas. 6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos. 7. Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos. 8. Promover el crecimiento

habrán de ser integradas a través del desarrollo progresivo del Derecho internacional, y del impulso a políticas nacionales e internacionales que la doten de contenido”³.

Pero la noción de desarrollo sostenible no es nueva, ni de reciente acuñación. Lo que sucede es que se ha ido profundizando en aspectos más desligados de una concepción puramente económica. Así, el enfoque intergeneracional de la Comisión Brundtland (la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que elaboró en 1987 el informe “Nuestro Futuro Común”), que contemplaba el desarrollo sostenible como aquel que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras, se ha ido implementando con otros enfoques como el medioambiental y el de la inclusión social.

Como afirma el profesor Fernández Liesa, en la actualidad el desafío del desarrollo sostenible comporta un *reto general, integral y universal*. Y como reto universal, requiere la participación y cooperación de toda la comunidad internacional y la adopción de medidas por todos los sujetos y actores, y muy especialmente por parte de las empresas.

La guía “ODS año 3. Una alianza global para la Agenda 2030” publicada por la Red Española del Pacto Mundial de Naciones Unidas en octubre de 2018 pone de manifiesto que el 80% de las empresas del IBEX35 (principal índice de la bolsa española) ya están comprometidas con la Agenda 2030. Y lo manifiestan a través de sus memorias de sostenibilidad, reportando esta responsabilidad de manera explícita. El dato es ligeramente superior al registrado en 2017 (74%) y comprende a 28 compañías del principal índice de la Bolsa española. Además, cabe destacar que 26 son socias de la Red Española del Pacto Mundial, la iniciativa más importante para la sostenibilidad del sector privado.

Y en el marco de la sostenibilidad, el Medio Ambiente constituye un pilar fundamental. Y lo es hasta tal punto que puede hablarse de una dimensión ambiental de cada uno de los 17 objetivos marcados en la Agenda 2030. El Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) establecido en 1972 aborda de una manera institucional esta dimensión de los ODS, asumiendo el compromiso de que el medio ambiente se integre en todos los aspectos del desarrollo sostenible.

En este sentido, en el año 2018 PNUMA junto a otros socios⁴ ha desarrollado los denominados *Goodlife Goals*, como un conjunto de acciones personales que los

económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. 9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación. 10. Reducir la desigualdad en los países y entre ellos. 11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles. 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles. 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos. 14. Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible. 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad. 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas. 17. Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

³ C.R. FERNÁNDEZ LIESA, *Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible*, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2016, p. 51.

⁴ La agencia internacional Futerra, The One Planet Network: The 10 Year Framework of Programmes on Sustainable Consumption and Production, los Ministerios de Medio Ambiente de los gobiernos de Japón y Suecia, el Stockholm Environment Institute (SEI), el Institute for Global Environmental

habitantes de todo el mundo pueden adoptar para ayudar a alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). En total 85 metas de “buena vida”, 5 por cada ODS, que pretenden involucrar de manera individual, activa y efectiva al conjunto de la población mundial.

2. La perspectiva global y el carácter de “bien común”, que reviste el medio ambiente, ha propiciado que se abordase de una manera “prematura” desde la perspectiva del Derecho internacional público, y más en concreto desde lo que conocemos como Derecho internacional ambiental (DIA). Existen pues un conjunto de declaraciones, tratados y normas que se han ido desarrollando a la par del conocimiento científico y la toma de conciencia del estado de nuestro planeta.

En la historia de este Derecho internacional ambiental pueden distinguirse tres etapas, compartimentadas por las dos conferencias internacionales más relevantes que han tenido lugar hasta el momento actual: la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972 y la Conferencia de la ONU sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro (1992).

La primera de ellas abarca el periodo previo a la Conferencia de Estocolmo, y se caracteriza por la escasa conciencia ambiental existente. Al menos hasta la década de los años 60. Tan solo caben mencionar algunas iniciativas aisladas de regulación ambiental internacional. Una de ellas, la frustrada Convención de Londres de 1900, para la preservación de los animales silvestres, pájaros y peces del África auspiciada por los gobiernos europeos con colonias en el territorio africano. La citada Convención buscaba proteger la vida silvestre africana, contrarrestando los efectos de la cacería deportiva. Si bien nunca entró en vigor⁵, sus decisiones influenciaron en la organización de reservas de caza.

Una segunda conferencia internacional se reunió el 8 de noviembre de 1933 en Gran Bretaña, en cuyo seno se adoptó la Convención sobre la Conservación de la Fauna y la Flora en su Estado Natural, firmada en Londres y aplicada en gran parte de África colonizada. A pesar de que las 9 naciones firmantes de la Convención no llegaron a ratificarla, recomendaba la creación de reservas naturales y puso el “sello de aprobación” al concepto de parques nacionales según los modelos del Kruger National Park en Sudáfrica y del Parque Nacional Príncipe Alberto, en el Congo (hoy Zaire)⁶.

Otra iniciativa destacable de este periodo, la Convención para la Preservación de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, firmada en Washington el 12 de octubre de 1940 por la mayoría de los Estados americanos⁷.

Strategies (IGES), la UNESCO y la organización World Business Council For Sustainable Development (WBCSD).

⁵ En efecto, firmada en Londres el 19 de mayo de 1900 y ratificada por Alemania, España, Francia, Italia, Portugal y el Reino Unido, la Convención no fue firmada por el número mínimo de partes.

⁶ Uno de los principales frutos de la Convención fue la creación en 1951 del Parque Nacional Serengeti por las autoridades coloniales británicas, en lo que entonces era Tanganika (hoy Tanzania).

⁷ Se trata del primer intento regional de conservación y preservación de los recursos naturales, que además declara la urgencia de la acción protectora respecto de determinadas especies de animales y plantas. La Convención detalla algunos mamíferos, aves y especie de flora merecedoras de una protección especial. Tiene además la virtualidad de introducir el concepto de área de conservación, y define cuatro categorías de áreas naturales protegidas: parques regionales, reservas nacionales, monumentos naturales, y reservas de regiones vírgenes. Ver M. FONSECA BORRÁS, *América Central: algunas respuestas a la problemática ambiental*, en *Revista Estudios, Universidad Costa Rica*, 1997-1998, nn.

A pesar de estos primeros tratados, y la aparición de algunas revistas científicas como “Ecology” en 1916, los resultados de las investigaciones en la materia y el despertar de la conciencia ambiental no surgió hasta la década de los años 60, cuando la opinión pública se hizo consciente de los peligros que amenazaban al planeta. La aparición en 1962 del libro de la bióloga norteamericana Rachel Louise Carson “La primavera silenciosa” alertando sobre el empleo masivo de pesticidas químicos en los Estados Unidos y sus efectos negativos conmovió a la opinión pública. A este trabajo, siguieron innumerables publicaciones periodísticas acentuando el papel del hombre como verdadero responsable de la crisis ambiental internacional⁸. Otro hito, considerado como de “influencia icónica” en el despertar del movimiento ambiental fue la divulgación en 1968 de la imagen conocida como Earthrise, tomada por el astronauta William Anders durante la misión del Apolo 8 y catalogada en 2003 por la revista *Life* como una de las 100 fotografías que cambiaron el mundo.

La segunda de las etapas arranca con la Conferencia de Estocolmo. Puede afirmarse que la celebración de la Conferencia de la ONU sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo en 1972 dio origen al sistema moderno de gestión internacional del medio ambiente. Se aprobó la Declaración de Estocolmo, primer documento internacional en reconocer el derecho a un medio ambiente sano mediante 26 principios, muchos de los cuales han jugado un papel importante en el desarrollo posterior del Derecho internacional ambiental. Destacan entre ellos:

- La responsabilidad de los Estados de garantizar que las actividades bajo su jurisdicción no causen daños al medio ambiente de otros Estados. Principio *sic utere tuo alienas non leadas*.
- Principio de la Cooperación, crucial en el desarrollo ulterior del DIA, al reconocer que, para hacer frente a los desafíos globales de nuestro entorno común, los países debían unir esfuerzos.
- Principio “el que contamina paga” que establece la obligación de indemnizar por daños causados.

Igualmente, y en este periodo, se estableció el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), con sede en Nairobi, Kenia, como un programa de la Asamblea General de la ONU para analizar los problemas en la materia, y que administra siete convenios internacionales y diversos acuerdos regionales. La ONU proclamó en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974) que “la protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente” se erigía en uno de los elementos fundamentales del nuevo orden económico internacional.

A partir de la Conferencia de Estocolmo se formaron los primeros partidos políticos verdes, comenzaron a crearse los primeros ministerios de medio ambiente y comenzó el desarrollo de la legislación ambiental local.

La tercera fase en la evolución del Derecho internacional ambiental arranca en 1992, con la celebración de la Conferencia de la ONU sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en Río de Janeiro, como una continuación a la de 1972. La Cumbre de la Tierra viene a consolidar el concepto de desarrollo sostenible introducido por vez

14-15, pp. 71-88; B.A. RAMÍREZ LÓPEZ, *Análisis de la participación de las comunidades rurales en la conservación de especies de flora y fauna amenazadas incluidas en la convención CITES*, Guatemala, 2007, pp. 14-15.

⁸ A. SERVI, *El Derecho Ambiental Internacional*, en *Relaciones Internacionales*, 1998 (disponible en: revistas.unlp.edu.ar).

primera en 1987 en el informe Brundtland, dotándolo de un carácter institucional. De esta manera, 20 años después de la Conferencia de Estocolmo, el nuevo acuerdo intergubernamental se plasmó en la adopción de una serie de documentos entre los que destacan:

- La Agenda 21, plan de acción mundial para promover el desarrollo sostenible.
- La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
- La Declaración de principios forestales.

Además, se abrieron a la firma dos instrumentos vinculantes, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Posteriormente a la Cumbre de Río tuvieron lugar las Cumbres de Johannesburgo en 2002 y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) que se tuvo lugar en Río de Janeiro del 20 al 22 de junio de 2012⁹.

Resulta destacable que, si bien hace unos 20 años los tratados eran mayoritariamente bilaterales, el número de tratados multilaterales se ha ido incrementado considerablemente. Existen en la actualidad más de 250 acuerdos de este tipo y algunos son globales. Se suele recurrir al sistema de convenciones marco, seguidas de protocolos. Es decir, se comienza por convocar a las partes para cooperar en la conformación de objetivos y se prevén obligaciones para las partes; y después se negocian los protocolos para definir de manera específica cómo se cumplirán los objetivos y las obligaciones. En cualquier caso, la incipiente adopción en las últimas décadas de normas jurídicas que regulan el “fenómeno ambiental”, tanto desde la perspectiva interna como internacional, apuntan de manera indiscutida a la existencia de una “nueva” rama del derecho, el derecho ambiental, y al nacimiento de lo que se conoce como Derecho Ambiental Internacional¹⁰.

3. Pero el desarrollo económico global presenta externalidades. La realidad nos muestra numerosos supuestos en los que las empresas multinacionales, comprometen este desarrollo sostenible en zonas especialmente vulnerables. Los acaparamientos de tierra o *land grabbings* son un botón de muestra de esta “otra realidad” quizás menos conocida¹¹. Y la vulneración de los derechos humanos vinculadas a la actuación de las empresas requiere una respuesta normativa de la comunidad internacional. Pongamos un ejemplo destacado por el prof. Zamora Cabot, la actuación de la *Goldcorp*, a través de su filial *Tahoe Resources* y el caso de la Mina Escobal, ubicada en el municipio de San Rafael de las Flores, en el sudeste de Guatemala.

El 3 de abril de 2013, el Ministerio de Energía y Minas concedió una licencia para un proyecto minero de extracción de oro y plata denominado “El Escobal”, a la minera San Rafael, propiedad de *Tahoe Resources*. La concesión de la mina se hizo de manera ilegal, sin la preceptiva *consulta previa, libre e informada* e ignorando

⁹ En el marco de la que se conoce como Río+20, los trabajos se organizaron entorno a dos ejes fundamentales: cómo construir una economía ecológica para lograr el desarrollo sostenible y cómo mejorar la coordinación internacional para el desarrollo sostenible. Puede consultarse el documento final aprobado (“el futuro que queremos”) en la siguiente dirección: www.un.org.

¹⁰ En este sentido A. SERVI, *op. cit.*, nota 8, que soslaya la existencia de más de 4000 convenios e instrumentos internacionales conteniendo disposiciones de carácter medioambiental.

¹¹ F.J. ZAMORA CABOT, F. JAVIER, *Desarrollo sostenible y empresas multinacionales: un estudio sobre los acaparamientos de tierra (land grabbings) en clave de responsabilidad*, 2015, Papeles el tiempo de los derechos (hdl.handle.net/10234/159489).

las múltiples peticiones registradas en ese Ministerio en contra de la concesión, y una demanda frente a la mina San Rafael por contaminación industrial. Días más tarde, el 8 de abril, dos comunidades de la zona establecieron un campamento permanente de protesta en el lugar de la futura explotación, El Escobal, y junto a otros municipios constituyeron un Comité en Defensa de la Vida y la Paz.

Las Comunidades de la zona veían en la mina una amenaza para el suministro de agua y su bienestar, y las protestas previas a estas actuaciones se habían traducido en el secuestro de seis ancianos que participaban en una manifestación pacífica (noviembre de 2011) o en la represión de otra manifestación pacífica con el resultado de 31 detenidos (septiembre de 2012). Ya entrado abril de 2013, se produjo un ataque armado a cargo de guardias de seguridad de la mina contra otra repulsa pacífica con el resultado de 6 heridos y, al mes siguiente, se produjo la declaración por el Gobierno, del estado de sitio en la zona. Se denunciaron asimismo abusos sexuales por parte de las fuerzas policiales, al igual que el asesinato de opositores a las actividades extractivas, como sucedió en el caso del joven defensor Topacio Reinoso, de 16 años a inicios de abril de 2015, en el de Telésforo Pivaral González de 33, y la criminalización de los adversarios de la Mina Escobal, conociéndose 90 casos de persecución judicial.

A partir de todo ello, el Tribunal Permanente de los Pueblos (tribunal de opinión), en su Sesión de 2014 sobre la Industria Minera Canadiense, exigió a las empresas Goldcorp/Tahoe Resources y su filial San Rafael S.A. que, ante la falta de consentimiento de las comunidades afectadas, y los actos de violencia que se habían generado: “Llevarsen a cabo el cese de las actividades que conllevarsen más amenazas o resultados lesivos hacia esas comunidades y sus modos de vida, que reconociesen su derecho de autodeterminación, cesando todas las prácticas de represión, intimidación, criminalización, difamación y violencia contra los opositores del proyecto minero e indemnizando a las víctimas por los daños sufridos, además de la restauración del medio ambiente que había sido afectado”.

Y no se trata de una situación aislada, el profesor Zamora Cabot pone de manifiesto en sus exposiciones una serie de casos relacionados con las empresas multinacionales. En este sentido, el desarrollo sostenible requiere la adopción de normas vinculantes para los Estados y las empresas multinacionales que fijen las respectivas responsabilidades y permitan el acceso de los damnificados a las vías de reparación. En esta vía, se está trabajando en el seno del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los Derechos Humanos, cuyo borrador cero se ha presentado. Otra de las líneas sobre las que la Comunidad internacional trabaja, y en particular la Unión Europea, es la de la *Accountability* (o rendición de cuentas). En este sentido, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos adoptó la iniciativa “proyecto sobre rendición de cuentas y mecanismos de reparación” (PRCMR I) con el objetivo de “promover respuestas jurídicas nacionales más justas y más eficaces para las víctimas de violaciones de derechos humanos relacionados con empresas, en particular en los casos más graves”. Y el Consejo de Derechos Humanos adoptó una Resolución el 30 de junio de 2016 (“Las empresas y los derechos humanos: mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones”) acogiendo con beneplácito la labor realizada por la Oficina del Alto Comisionado, y en la que se ponía de relieve la responsabilidad de

las empresas transnacionales en el respeto de los derechos humanos y los obstáculos que las víctimas encuentran para su reparación, tanto prácticos como jurídicos. El Consejo de Derechos Humanos animaba además al Alto Comisionado a la continuación del trabajo iniciado. Mandato que se tradujo en una nueva iniciativa denominada “Proyecto sobre rendición de cuentas y mecanismos de reparación II” (PRCMR II)¹².

Ya bajo la presidencia holandesa del Consejo de la Unión Europea en 2016, se profundizó en la necesidad de avanzar en la garantía del respeto de los derechos humanos en la actividad de las empresas. En particular, en las Conclusiones del Consejo de Asuntos exteriores publicadas el 20 de junio de 2016 se destaca la necesidad de un mejor acceso a la justicia por parte de las víctimas de abusos empresariales y al importante rol que las empresas juegan en relación con los ODS.

Otra iniciativa surgida en el seno de la Unión Europea fue la conocida como “Green Card”, lanzada el 18 de mayo de 2016 por ocho parlamentos nacionales europeos con el objetivo de garantizar la responsabilidad de las empresas, por los abusos de derechos humanos¹³. Con esta iniciativa se pretendía la exigencia a las empresas, de un deber de vigilancia en relación con los individuos y las comunidades cuyos derechos humanos y medios locales puedan verse afectados por sus actividades. El hecho de dotar a las empresas de la UE de la obligación positiva de cumplir con un deber de vigilancia o de cuidado, legítima a las víctimas de abusos de derechos humanos y de daños medioambientales a exigir responsabilidad ante su eventual incumplimiento en el contexto de sus propias actividades o la de sus subsidiarias, subcontratas o proveedores.

4. Una de esas externalidades del desarrollo económico global “no sostenible”, acaso la más conocida, es el problema de la contaminación del medio ambiente. Las catástrofes ambientales registradas en el último siglo y los efectos nocivos de la actividad industrial sobre el medio ambiente implican igualmente una serie de retos jurídicos con incidencia en el desarrollo sostenible.

Es clásica la distinción entre la existencia de una responsabilidad ambiental, regulada por el Derecho internacional público cuando los daños causados al entorno ecológico traspasan las fronteras del Estado donde se originan, y una responsabilidad civil por contaminación ambiental regulada por el Derecho internacional privado. También se habla de una responsabilidad combinada del explotador privado y del Estado, en la que el primero asumiría la responsabilidad primaria y el segundo la responsabilidad subsidiaria.

Sin embargo, no parece este el esquema adecuado cuando el responsable es una empresa o un ente público actuando *iure gestionis*. Y esta es la perspectiva que hay que entender adoptada en el ámbito de la Unión Europea, donde el Derecho internacional privado se encarga de la reglamentación, acaso conflictual, tanto de la responsabilidad ambiental como de la civil, derivada de los daños causados a las personas y bienes.

¹² Los documentos y el informe final de este proyecto (presentado al Consejo en su trigésima octava sesión en junio de 2018) pueden consultarse en la siguiente dirección: www.business-humanrights.org.

¹³ Los parlamentos nacionales que expresaron su apoyo a esta iniciativa fueron los de: Estonia, Lituania, Eslovaquia, Portugal, la Cámara de los Lores de Reino Unido, la Cámara de Representantes de los Países Bajos, el Senado de la República Italiana y la Asamblea Nacional francesa.

En efecto, en el esquema normativo de la Unión Europea (Reglamento Roma II-864/2007 y Directiva 2004/35/CE desarrollada en España por la Ley 26/2007 de 23 de octubre de responsabilidad medioambiental), la responsabilidad ambiental deriva del daño medioambiental, entendido como “el cambio adverso de un recurso natural como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público, o un perjuicio a la variabilidad entre los organismos vivos”¹⁴. Y la responsabilidad civil, de los daños que sufren las personas o bienes como consecuencia colateral de un daño medioambiental, también denominados daños colaterales.

Y el art. 7 del Reglamento Roma II contiene la norma de conflicto aplicable a la obligación extracontractual derivada del daño medioambiental o del “daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño”. Es decir, aplicable también a los denominados daños colaterales. Desde esta perspectiva, sin duda acertada, parecería que, mientras el Derecho internacional público pondría el foco en la prevención de los daños, el interés del Derecho internacional privado se centraría en la reparación de los daños causados. Es decir, en la determinación del derecho estatal directamente aplicable a dicha reparación.

Ya en la dimensión del derecho interno o estatal podremos hablar de la existencia de una responsabilidad administrativa, que llevará aparejada una sanción administrativa (multa y clausura de instalaciones), y de una responsabilidad penal, cuando el sujeto que causa el daño incurre en una conducta tipificada por el código penal y que en España se encuentra regulada en el libro II, título XVI, capítulo III del código penal, bajo la rúbrica “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” (artículos 325 a 331).

Así pues, y desde una perspectiva de Derecho internacional privado, el estudio del problema y las soluciones aportadas se centran en el eventual acceso a la jurisdicción de los particulares y en el derecho aplicable tanto a los contratos internacionales como a la responsabilidad derivada de los daños medioambientales. Es decir, abordar el problema desde la metodología clásica del Derecho internacional privado.

5. Comenzando por el último de los aspectos, el de la ley aplicable a los daños medioambientales, el art. 7 del Reglamento 864/2007 relativo a ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, contiene la norma de conflicto europea en la materia. Y se trata por tanto de una norma de Derecho internacional privado uniforme, que además presenta carácter *erga omnes*, por lo que desplaza a las reglas de conflicto internas de los Estados miembros.

En virtud de dicha norma, la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas tanto del daño medioambiental como del daño colateral es: en primer lugar la ley elegida por las partes en los términos del art. 14 del Reglamento; en defecto de dicha elección, la ley del país donde se produce el resultado dañoso (art. 7 RRII), es decir, la ley del país cuyo medioambiente resulta dañado (*lex loci delicti commissi*); no obstante, y en los casos de ilícitos a distancia, la persona que reclama el resarcimiento de los daños puede elegir basar sus pretensiones en la ley del Estado en el cual se produjo el hecho generador del daño. En estos casos, el actor

¹⁴ ‘Considerando’ 24 del Reglamento 864/2007 de 11 de julio 2007, relativo a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

debe realizar la elección en el momento de hacer valer su pretensión jurídica ante los tribunales, lo que ocurrirá habitualmente en el momento de presentar la demanda¹⁵.

Habrà de tenerse igualmente en cuenta la existencia de Convenios internacionales en materia de responsabilidad civil, y su eventual aplicación según la previsión contenida en el art. 29 del Reglamento. Sin embargo, estos Convenios no suelen contener normas de conflicto de leyes, y cuando las hay se remiten a la *lex fori* (incluyendo sus normas de conflicto)¹⁶. Son en su mayoría tratados sectoriales referidos a riesgos medioambientales específicos, y fundamentalmente en los sectores del petróleo y la energía nuclear.

Una última cuestión con relación al derecho aplicable al daño medioambiental. Para la determinación de la responsabilidad civil derivada de ese daño, puede ser precisa la toma en consideración de normas de derecho público de un tercer Estado ajeno al foro y a la *lex causae*. Y esta cuestión toma relevancia en los supuestos mencionados de ilícitos a distancia, en los que es de aplicación la ley del país en producción del daño, que puede establecer unos estándares ambientales más estrictos que los del Estado de origen del daño. La articulación de la respuesta a estos casos puede venir de la mano del art. 17 del referido Reglamento Roma II que se refiere a las normas de seguridad y comportamiento¹⁷. Precepto que dispone expresamente que: “Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad”.

6. En relación con la ley aplicable a los contratos internacionales, comenzamos nuestro análisis resaltando como resulta tradicional culpar a las empresas, como principales actores del comercio internacional, del perjuicio irrogado al medio ambiente. Se entiende pues que su principal objetivo es la reducción de costes con el correlativo aumento de sus beneficios, sin atender a consecuencias o consideraciones éticas o medioambientales. Y esto suele conducir en numerosas ocasiones a la deslocalización de la producción, situándola en lugares en los que las exigencias normativas son, a estos efectos, escasas¹⁸. Sin embargo, una tal visión en exceso negativa de la actividad empresarial carece de justificación. El comercio internacional ha de considerarse también como un factor del progreso y bienestar social, y por tanto del desarrollo sostenible.

En este sentido debe entenderse que tanto los Acuerdos Multilaterales sobre Medio Ambiente (que fijan estándares de protección y vinculan a los Estados) como

¹⁵ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, II, Granada, 2018, p. 1337.

¹⁶ C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *El Derecho internacional privado de la Unión Europea en la determinación de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, 2013, p. 372.

¹⁷ En este sentido A. CRESPO HERNÁNDEZ, *Daños al medio ambiente y regla de la ubicuidad en el art. 8 del futuro Reglamento de Roma II*, in *InDret*, 2006, pp. 20-21 (en www.indret.com). La citada autora pone de manifiesto el protagonismo de las normas de derecho público en la protección del medio ambiente y como la reparación de los daños tiene una relevancia secundaria en relación con su prevención.

¹⁸ C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Incidencia de la protección del medio ambiente en la contratación internacional*, en *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 495-525.

los Acuerdos derivados de la OMC, sirven al objetivo del desarrollo sostenible y han de ser complementarios. Y dada su necesaria interacción, lo ideal sería que las instituciones implicadas en ambas categorías de políticas actuasen de una manera coordinada.

Pues bien, volviendo al tema que nos ocupa, aunque las empresas no sean sujetos de Derecho internacional, resultan destinatarios de la regulación internacional de la protección del medio ambiente y del comercio transfronterizo, en su calidad de actores del comercio internacional. Y por esa misma cualidad, devienen actores del desarrollo sostenible. Actores que desarrollan su actividad a través de contratos internacionales, tanto públicos como privados. Las empresas buscan seguridad jurídica a la hora de contratar, pero también reforzar su reputación, y eso, en la materia que aquí nos afecta puede traducirse en la incorporación al contrato de compromisos medioambientales.

Este compromiso con la sostenibilidad y la preocupación medioambiental está pues obligando a las empresas a introducir cambios en su política de producción y marketing. Los medios de comunicación hablan de la “carrera verde”. La marca Nike por ejemplo se desmarcó en los mundiales de fútbol de Sudáfrica (2010) y Brasil (2014), con la producción de camisetas y pantalones realizados con plástico reciclado procedentes de vertederos de Japón y Taiwán¹⁹. La multinacional Coca-Cola anunció en 2017 que todos sus envases son reciclables y contienen un porcentaje de material reciclado y que trabaja para que todos sus proveedores cumplan con criterios de agricultura sostenible en 2020. La empresa sueca IKEA elaboró un código ético aplicable a sus proveedores y que incorpora una serie de requisitos relacionados con el medio ambiente, el impacto social y las condiciones laborales.

Quizás ya en esta etapa de desarrollo normativo, y en consonancia con las teorías del *global law* y de la mundialización del derecho²⁰, no resulte atrevido afirmar que la protección medioambiental en el comercio internacional comienza a reposar en gran medida en la propia iniciativa privada. Que el papel regulador del Estado y los mecanismos estatales de implementación forzosa del derecho van dejando paso a otros mecanismos más propios del mundo globalizado.

7. A la hora de reglamentar un contrato internacional, las empresas han de ajustarse a la normativa vinculante vigente en materia de protección del medio ambiente. Y esta normativa se encuentra en las norma internacionales, regionales y estatales. Pero además puede hablarse de una autorregulación: unos estándares técnicos de referencia desarrollados por los propios operadores económicos, tanto a nivel nacional como internacional, y una presión de la sociedad civil hacia unos estándares de compromiso medioambiental. Y estos compromisos adquirirán en la mayoría de los supuestos, un carácter obligatorio mediante su incorporación a los contratos.

En cuanto al concreto régimen jurídico de los contratos, las partes podrán pactar aquello que libremente determinen (incluida la autorregulación), siempre en el marco de la autonomía material establecida por la ley rectora del contrato. Ley rectora que será la determinada por las partes en el marco de la denominada autonomía con-

¹⁹ La empresa norteamericana anunció también la adopción de una tecnología de tintura de prendas sin agua, así como el uso de energía renovable en algunas de sus principales instalaciones.

²⁰ Al respecto ver M.J. URREA SALAZAR, *Global Law. ¿Metodología o nuevo Derecho?*, en *Unión Europea Aranzadi*, 2017, pp. 87-99.

flictual²¹. Y tanto el Reglamento 593/2008 conocido, como Roma I (art. 3) como la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, recogen como principio de base, el de la autonomía conflictual.

En defecto de pacto sobre la ley rectora del contrato, resultará de aplicación generalmente, el derecho estatal que presente los vínculos más estrechos con el contrato. El Reglamento Roma I en el art. 4 contiene las reglas de conflicto aplicables en defecto de elección y que responden con carácter general a este principio de los vínculos más estrechos. El principio de los vínculos más estrechos juega también como cláusula de escape en el art. 4.3 y de cierre en el art. 4.4.

Pues bien, será este derecho rector, ya sea el elegido por las partes, ya el determinado por la regla de conflicto, el aplicable tanto en su parte dispositiva como imperativa. Y teniendo en cuenta que las normas reguladoras del medio ambiente contenidas en este derecho tendrán generalmente la consideración de normas imperativas, no será posible su derogación mediante pactos contractuales. Las normas medioambientales, por su carácter de estándares contenidas en normas convencionales de Derecho internacional, gozarán igualmente de la consideración de normas de policía en todos los derechos estatales.

Además de las normas medioambientales de la *lex contractus*, las contenidas en la *lex fori* y aquellas del ordenamiento jurídico del lugar de ejecución del contrato, habrán de ser aplicadas en cuanto leyes de policía. En este sentido el art. 9 del citado Reglamento Roma I permite dar efecto a las leyes de policía del país en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal.

A título de ejemplo, en España el Tribunal supremo mediante sentencia de 24 de febrero de 2004 declaró la nulidad parcial de los permisos de exploración de hidrocarburos otorgados por el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, a realizar en el océano atlántico, frente a las costas de Fuerteventura y Lanzarote. Y ello porque fueron concedidos sin que se hubieran presentado los informes sobre las medidas de protección medioambiental que serían adoptadas, en la fase en la que se procedería a realizar perforaciones.

8. Pero las exigencias medioambientales pueden aparecer como cláusulas contractuales. En efecto, además de su incidencia en el régimen jurídico del contrato, las exigencias medioambientales pueden plantearse como un requisito previo de contratación. Es decir, como un requisito para seleccionar a los cocontratantes.

En el caso de las entidades públicas, este proceso de incorporación de cláusula ambientales y sociales ha tenido lugar recientemente. Y reposa en la consideración de la contratación pública “como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”, y no como un fin en sí mismo. Por tanto, se contempla como una técnica encaminada al logro de “objetivos sociales, ambientales o de investigación, en

²¹ Y es que la regulación material incorporada al contrato, aún exhaustiva, no agotará todos los aspectos de la relación jurídica ni será absolutamente independiente. Resultará preciso pues, acudir a un derecho estatal de referencia que además de colmar las lagunas contractuales fije los márgenes de la libertad de pacto entre las partes, es decir, de la autonomía material. C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Incidencia de la protección*, cit., p. 513.

la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos”²².

Desde esta perspectiva y el ámbito de la Unión Europea, las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, ambas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y en su transposición la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, diseñan un nuevo marco jurídico que pretende una Administración eficiente a la vez que concienciada con el medio ambiente, la igualdad entre mujeres y hombres y con la integración social²³. Las exigencias medioambientales aparecen entonces en los procesos de adjudicación abiertos por las entidades públicas, ya sean nacionales o internacionales.

Es frecuente por ejemplo que las normas de contratación pública exijan a las empresas en los proyectos destinados a la exploración y explotación de hidrocarburos, o a la construcción de oleoductos y gaseoductos, la aportación de informes favorables sobre la incidencia medioambiental de los trabajos previstos con carácter previo a la celebración o adjudicación del contrato. Igualmente, y en función del objeto del contrato, puede exigirse como criterio de participación la presentación de certificados expedidos por organismos independientes, que acrediten el cumplimiento por parte de la empresa de determinados sistemas o normas de gestión medioambiental (por ejemplo, un certificado EMAS).

Las exigencias medioambientales pueden también erigirse en requisito o condición de financiación de las operaciones comerciales internacionales. Los inversores públicos o privados pueden requerir que las empresas en las que invierten satisfagan determinados estándares medioambientales²⁴. Algunas entidades de crédito, como Triodos Bank, publicitan entre sus objetivos invertir exclusivamente en proyectos que además de resultar económicamente viables, desarrollen su actividad con un valor social, cultural o medioambiental. Valorando explícitamente los sistemas de certificación oficiales existentes y señaladamente en el ámbito de la agricultura ecológica o el comercio justo. Un gran número de entidades financieras han adoptado los denominados “Principios de Ecuador”²⁵. Se trata de un conjunto de directrices establecidas en 2003 con el apoyo de la Corporación Financiera Internacional (CFI) del Banco Mundial, y en cuya virtud las entidades financieras adheridas asumen el compromiso de evaluar y tomar en consideración los riesgos sociales y medioambientales asociados a las inversiones que financien en el campo del desarrollo. En España, entidades financieras como Caixabank, BBVA y Banco Sabadell entre otros, han asumido este compromiso voluntario y financian proyectos a través de los *Equator Principles*.

²² Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón 1/2006, de 14 de diciembre.

²³ Ver T. BERNALDO DE QUIRÓS, *Las cláusulas medioambientales en la contratación pública*, en *LegalToday*, 16 de julio 2018 (en www.legaltoday.com). La autora pone de manifiesto la dificultad que en ocasiones plantea la inclusión de cláusulas medioambientales y la posibilidad de introducirlas como requisitos para participar en el contrato (capacidad técnica y profesional si su objeto incluye directamente la protección del medio ambiente o el medio ambiente de forma directa), como criterios de adjudicación o como condiciones de ejecución.

²⁴ C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Incidencia de la protección*, cit., p. 517, quien señala a este respecto la dificultad de acreditar el cumplimiento de esos estándares y la existencia a ese respecto de distintas iniciativas internacionales, algunas mediante entidades que se dedican a evaluar la reputación ética de las empresas a través del establecimiento de rankings, como la sociedad Covalence creada en 2001 con el apoyo de distintas ONGs.

²⁵ Los Principios de Ecuador pueden consultarse en equator-principles.com.

Por último, las exigencias medioambientales, además de erigirse en requisitos para contratar o financiar, pueden aparecer incorporadas al contrato como obligaciones de comportamiento o resultado. Bien de forma directa, si el objeto del contrato es una actuación medioambiental o se incluyen cláusulas que contienen estándares medioambientales. O de manera indirecta, si las cláusulas se remiten a los usos o costumbres generales o del sector de actividad de que se trate. Ya nos hemos referido a como la sostenibilidad y la preocupación medioambiental empuja a las empresas a adoptar nuevas estrategias de marketing, y al papel de la presión que puede ejercer la opinión pública al respecto. Pero además habría que añadir la finalidad preventiva que, ante el ejercicio de una eventual acción de responsabilidad extracontractual, la inclusión de este tipo de cláusulas en el contrato puede cumplir.

9. El acceso a la jurisdicción, en el caso de los daños medioambientales, nos devuelve a la cuestión del concepto del daño ambiental. Y podemos distinguir a estos efectos entre tres tipos de lesiones: a) el daño a los derechos subjetivos (a la vida y la propiedad fundamentalmente) que son accionables por los particulares en todos los ordenamientos jurídicos; b) la afectación al interés en el disfrute a un medio ambiente saludable, que se ve afectado ante un atentado ambiental y que solo algunos ordenamientos reconocen como accionable por los particulares; y c) el daño ecológico puro, tutelado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos exclusivamente por el Estado. Tan solo algunos, como el portugués o el brasileño parecen admitir la responsabilidad civil y prevén la tutela individual de esta categoría de daños²⁶.

En el Derecho español, la tutela del daño ecológico queda reservada exclusivamente a la Administración. Sin embargo, sería deseable y muy especialmente en caso de inactividad de la Administración, que la posibilidad de reclamar por daños al medio ambiente se extendiese a los particulares, a través de las organizaciones de probado interés en el medio ambiente o mediante grupos organizados que pudieran plantear acciones civiles²⁷. Respecto a la afectación del interés legítimo supraindividual al disfrute de un medio ambiente saludable, todo daño ecológico entraña esta afectación, lo cual hace referencia a una situación jurídico-subjetiva. Y en derecho español debe admitirse esta posibilidad derivada del art. 7.3 de la LOPJ junto a una correcta interpretación del art. 45 de nuestra Constitución.

Por último, la afectación de los derechos subjetivos derivados de un atentado ambiental, serán resarcidos por la vía de la responsabilidad civil. Nos referimos a los daños a la salud y a la propiedad que se pueden producir por ejemplo al ingerir agua contaminada, o al regar los cultivos con esta agua. En estos casos, el bien jurídico protegido no es el medio ambiente sino la salud o la propiedad.

Respecto al sector de la competencia judicial internacional, en el ámbito de la Unión Europea y en defecto de un instrumento supraestatal convencional, aplicaremos el Reglamento 1215/2012 conocido como Reglamento Bruselas I bis. Y cualquier supuesto de daño ambiental en el que se solicite una reparación o compensación, incluido el ecológico, podría encajar en el Reglamento. En efecto, el sistema del Reglamento Bruselas I bis atribuye competencia judicial internacional (excluida una eventual sumisión expresa o tácita) a los órganos jurisdiccionales del Estado del domicilio del demandado, es decir, de la empresa o persona física causante del daño (art. 4).

²⁶ L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Daños ambientales internacionales y acceso a la justicia*, Madrid, 2016.

²⁷ *Ibidem*.

El art. 7.2 del Reglamento contiene un foro especial en materia de obligaciones extracontractuales, y en el que pueden subsumirse los daños medioambientales. Dispone el precepto que: “Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro, en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”.

La regla contenida en el art. 7.2 puede plantear un problema de aplicación respecto a la concreción del “lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”. En efecto, como afirma Garcimartín Alférez²⁸, el lugar de producción del daño es un concepto fáctico cuya concreción no suele plantear dificultades, salvo en dos tipos de situaciones: a) disociación entre el *lugar de origen* del daño y el *lugar de resultado* o materialización; y b) cuando los daños se padecen en varios Estados.

En los supuestos de disociación, la interpretación del TJCE en el asunto *Mines de Potasse d’Alsace*²⁹ amparó la denominada “regla de la ubicuidad”, que permite al actor presentar la demanda tanto ante los tribunales del lugar de origen del daño, como ante los del lugar exteriorización. Cuando la víctima padece el *daño* en varios Estados, el actor puede optar por accionar en el lugar de origen para la totalidad de los daños (a nivel mundial), o en el lugar de resultado, pero sólo respecto de los daños padecidos en el territorio de ese Estado (teoría del mosaico).

Por último, si el demandado no tiene su domicilio en un Estado miembro, entonces la competencia judicial internacional habrá de determinarse conforme al sistema autónomo de Derecho internacional privado. Y en el supuesto español, sería aplicable el art. 22 quinquies, letra b), de la LOPJ, que atribuye competencia a nuestros tribunales si el hecho dañoso se ha producido en España. Precepto que ha de ser interpretado bajo el prisma del Derecho europeo, y por tanto interpretado en el mismo sentido del Reglamento Bruselas I bis.

Abstract

Environment and Sustainable Development: A Private International Law Perspective

International community has taken a ‘new’ consensus through the adoption of the sustainable development goals (SDGs) and the 2030 Agenda for Sustainable Development. Yet, global economic development also presents externalities. Multinational companies can compromise that sustainable development, and environmental pollution is one of those externalities. From the perspective of private international law, the focus is on the eventual right to access jurisdiction of the people, and the law applicable to international contracts and to liability for environmental damage.

²⁸ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Madrid, 2017, IV ed., pp. 112-120.

²⁹ Sentencia del TJCE de 30 de noviembre 1976, asunto 21/76, ECLI:EU:C:1976:166.

Giovanni Cellamare*

L'attivazione nell'ordinamento italiano del concetto di Paese di origine sicuro**

SOMMARIO: 1. L'operare del concetto di Paese di origine sicuro nel diritto dell'UE. – 2. L'introduzione nell'ordinamento italiano di procedure accelerate per l'esame di domande di protezione internazionale presentate da cittadini di Paesi di origine sicuri (o da apolidi abitualmente soggiornanti in detti Paesi). – 3. Considerazioni sulla designazione dei Paesi di origine sicuri e sull'applicazione del concetto in esame alla luce della prassi nota in alcuni Stati membri dell'UE. – 4. Considerazioni sulla possibile applicazione, nel corso di quelle procedure, della nozione di zona interna sicura del Paese di origine del richiedente protezione – 5. Cenni su alcuni profili processuali problematici della legislazione italiana presa in considerazione.

1. La l. n. 132 del 2018 ha reso operativo nel nostro ordinamento il concetto di Paese di origine sicuro, così modificando alcune norme del d.lgs. n. 25, del 2008, con il quale è stata data attuazione alla c.d. direttiva procedure¹.

Si ha riguardo a una delle possibili variabili del concetto generale di Stato sicuro, nato negli ordinamenti interni per consentire il rinvio di richiedenti protezione internazionale verso Stati così qualificati. La nozione in parola muove dalla considerazione che il divieto di *refoulement* contemplato dall'art. 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951 non esclude il trasferimento di una persona (o dell'esame della sua domanda) verso uno Stato nel quale la medesima persona non corra il rischio di persecuzione².

* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

** Il presente scritto riproduce, con aggiunta delle note, la relazione presentata presso l'Università del Salento il 5 marzo 2019, in occasione del Convegno di studi in memoria del caro Amico Saverio de Bellis, dal titolo "In difesa dei diritti umani: garanzie internazionali ed europee".

¹ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale; sulla stessa anche per altri riferimenti bibliografici, v. J. VEDSTED-HANSEN, *Asylum Procedure Directive 2013/32*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, München, 2016, II ed., p. 1284 ss. Per un primo commento alle norme in materia migratoria contenute nella legge del 2018, v. G. CAGGIANO, *Le recenti modifiche della legge "Salvini" su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU*, in *Post di AISDUE*, 2019, reperibile online, p. 19 ss.

² La costruzione si avvale altresì dell'interpretazione *a contrario* dell'art. 31, par. 1, della Convenzione di Ginevra, nella parte in cui detta norma fa riferimento ai rifugiati provenienti "direttamente" dal Paese in cui la loro vita o la loro libertà era minacciata. In altri termini, quell'espressione non esclude-

In effetti, quel concetto – non scartato del tutto dall’UNHCR e ritenuto utile per la possibile “distribuzione” dei richiedenti asilo tra più Stati, per l’appunto, sicuri³ – è stato utilizzato con approcci diversi dagli Stati, assumendo le variabili di seguito indicate.

Il medesimo concetto – già oggetto di alcune raccomandazioni del Consiglio d’Europa⁴ – fa parte dell’*acquis* dell’UE. Anzitutto, la presunzione di sicurezza, come è facile scorgere, è implicita nel sistema di *determinazione dello Stato membro competente* per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata *in uno* degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi per detta determinazione)⁵. D’altro canto, l’art. 3, par. 3, dello stesso regolamento prevede che gli Stati membri mantengono “la possibilità di inviare un richiedente in un Paese terzo sicuro, nel rispetto delle norme e delle garanzie previste dalla direttiva 2013/32/UE”⁶.

Quest’ultima reca le possibili varianti interne del concetto di Stato sicuro: può trattarsi dei Paesi terzi sicuri, nei quali gli individui interessati siano transitati o vi abbiano già trovato protezione, sicché è possibile il rinvio verso quei Paesi; nonché degli Stati di origine sicuri, nei quali, dunque, il richiedente protezione possa fare ritorno (in assenza del rischio di essere perseguitato, subire una tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante, o di pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale). Tra gli Stati terzi sicuri quella direttiva individua la categoria del Paese terzo europeo sicuro (*super safe*), in quanto parte della Convenzione del 1951; della CEDU (richiama, in particolare, le norme di questa sull’effettività dei ricorsi); e fornito di una procedura di asilo (articoli 36-39).

I concetti di Paese terzo sicuro e di primo asilo permettono agli Stati membri di ritenere inammissibili le domande di protezione internazionale di coloro che provengano da Paesi così qualificati (o, nel caso di Paese *super safe*, di escludere l’esame della domanda o evitare un suo esame esauriente, ove un’autorità competente abbia stabilito, in base agli elementi disponibili, che il richiedente stia cercando di entrare o sia entrato illegalmente nel suo territorio da quel Paese); l’attivazione del concetto di Stato di origine sicuro consente che dette domande siano esaminate nel corso di procedure accelerate (semplificate), definite dagli Stati.

rebbe criteri di collegamento con altri Stati dai quali i rifugiati non provengano direttamente e nei quali la loro vita o libertà non sia minacciata. In argomento, v. J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 293 ss.; H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, 2006, p. 292 ss.; G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, III ed., p. 390 ss.

³ Executive Committee, *Problem of Refugees and Asylum-Seekers Who Move in an Irregular Manner from a Country in Which They Had Already Found Protection*, n. 58 del 1989, reperibile online.

⁴ V. i seguenti atti adottati a Londra nel 1992: *Resolution on a Harmonized Approach to Question Concerning Host Third Countries*; *Resolution on Manifestly Unfounded Applications for Asylum*; *Conclusions on Countries in Which There is Generally No Serious Risk of Persecution*.

⁵ In argomento, tra gli altri, con ampie indicazioni bibliografiche, v. G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell’Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018, p. 80 ss.

⁶ In proposito v. la sentenza della Corte di giustizia del 17 marzo 2016, causa C-695/15 PPU, *Mirza c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*.

La direttiva non reca le basi per la creazione di una lista di Stati di origine sicuri⁷: l'art. 37 si limita a indicare alcuni aspetti procedurali per la designazione facoltativa, da parte degli Stati membri, di un Paese di origine sicuro (sulla base di fonti di informazioni provenienti da altri Stati membri, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti); l'allegato I indica i parametri di riferimento per la compilazione della lista⁸. In particolare, quell'allegato prevede che un Paese è considerato di origine sicuro, tra l'altro, se non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni quali definite nell'art. 9 della c.d. direttiva qualifiche⁹; ciò posto e dato altresì che quest'ultima prevede che la protezione concessa deve essere "effettiva e non temporanea", la disciplina in parola, dunque, impegna l'interprete nella costruzione del concetto di "protezione" e nel valutare l'effettiva capacità di proteggere degli attori, a tal fine preposti¹⁰.

A quanto ci consta, attualmente, ventidue Stati membri recano riferimenti nei loro ordinamenti a quel concetto, ma non tutti lo applicano; inoltre, mentre alcuni Stati hanno adottato delle liste, altri fanno ricorso al medesimo concetto di volta in volta¹¹. Degna di nota, dunque, la sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2018, causa C-404/17, *A c. Migrationsverket*, limitativa di alcuni orientamenti statali in materia. Considerato che nell'ordinamento dell'Unione il riconoscimento della protezione internazionale si basa su una procedura unica disciplinata da norme comuni, la Corte ha escluso che uno Stato membro possa utilizzare la presunzione relativa di sicurezza, e quindi la procedura che questa consente, senza avere dato attuazione alle sue norme¹².

⁷ Vale la pena di ricordare che con sentenza del 6 maggio 2008, causa C-133/06, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, la Corte di giustizia ha annullato gli articoli 29, paragrafi 1 e 2, e 36, par. 3, della precedente versione della direttiva (2005/85/CE del Consiglio, del 1° dicembre 2005; sulla quale ci sia consentito di rinviare al G. CELLAMARE, *Recenti tendenze dell'UE in materia di diritti processuali dei richiedenti asilo: tra CEDU e "regime europeo comune"*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, I, Napoli, 2008, p. 959 ss.), data l'incompetenza di questo ad adottare i due elenchi di Paesi sicuri previsti da quelle disposizioni.

⁸ Ripresi dalla l. italiana in esame e sui quali si tornerà *infra*, par. 2.

⁹ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

¹⁰ Sinteticamente, in base all'art. 7 della direttiva, la "protezione contro persecuzioni o danni gravi può essere offerta esclusivamente: a) dallo Stato; oppure b) dai partiti o organizzazioni, comprese le organizzazioni internazionali, che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio, a condizione che abbiano la volontà e la capacità di offrire protezione conformemente al paragrafo 2. 2. La protezione contro persecuzioni o danni gravi è effettiva e non temporanea (...); inoltre, per "stabilire se un'organizzazione internazionale controlli uno Stato o una parte consistente del suo territorio e se fornisca protezione (...), gli Stati membri tengono conto degli eventuali orientamenti impartiti nei pertinenti atti dell'Unione".

¹¹ Dati reperibili *online* in: www.asylumineurope.org e www.easo.europa.eu; la pubblicazione schematica della Commissione dal titolo *Una lista europea di "paesi d'origine sicuri"*; AIDA, *Legal Briefing n. 3. "Safe Countries of Origin": A Safe Concept?*, settembre 2015; Id., *Admissibility, Responsibility and Safety in European Asylum Procedures*, settembre 2016.

¹² La direttiva "non consente di ritenere manifestamente infondata una domanda di protezione internazionale in una situazione, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, nella quale, da un lato, dalle informazioni sul Paese di origine del richiedente risulti che a quest'ultimo può essere garantita in tale Paese una protezione accettabile e, dall'altro, il medesimo richiedente abbia fornito informazioni insufficienti per giustificare il riconoscimento di una protezione internazionale, qualora lo

La prassi mostra che le liste predisposte dagli Stati membri non coincidono tra loro; che differenze sono rilevabili dagli orientamenti seguiti nel dare applicazione al concetto e per quanto concerne la previsione del possibile riesame giudiziario delle liste¹³.

Su queste basi, a partire dal 2015, in concorso, cioè, con i movimenti immigratori attraverso la via balcanica, considerata altresì la non soddisfacente prova delle componenti del c.d. sistema europeo comune di asilo, seconda versione, la Commissione e il Consiglio hanno sostenuto una riforma di quel sistema, indicando gli obiettivi da perseguire¹⁴. In particolare, secondo la Commissione, la prevenzione dei movimenti migratori secondari dovrebbe essere perseguita anche a mezzo di nuove misure procedurali; su queste basi ha proposto la riforma, a mezzo di regolamento, della direttiva procedure, inserendo nello stesso la già prospettata istituzione, sempre con regolamento, di un elenco comune dell'Unione di Paesi di origine sicuri¹⁵. Favorendo l'esame rapido delle domande presentate da persone provenienti, per l'appunto, da quei Paesi, nella proposta della Commissione, il concetto in parola è volto a contrastare richieste *ab initio* non fondate di asilo, così rafforzando la lotta contro l'immigrazione irregolare. Di conseguenza, nella proposta di riforma del c.d. regolamento Dublino III, la provenienza da un Paese di origine sicuro incide sull'esame della domanda di protezione, con procedura accelerata nello Stato membro presso il quale risulti presentata la medesima domanda¹⁶.

Da notare che l'elenco elaborato dalla Commissione (da sottoporre a revisione periodica) non accorpa tutti gli Stati presenti nelle liste nazionali: nella proposta originaria, avendo evidentemente riguardo ai movimenti migratori attraverso la rotta balcanica, figurano l'Albania, la Bosnia-Erzegovina, la ex Repubblica Jugoslava di Macedonia, il Kosovo, il Montenegro, la Serbia e la Turchia¹⁷.

Stato membro di proposizione della domanda non abbia adottato norme per l'attuazione del concetto di Paese di origine sicuro" (punto 35).

¹³ Indicazioni *supra*, nota 11.

¹⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 4 aprile 2016, Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa, COM(2016)197 fin.

¹⁵ Comunicazioni del 9 settembre 2015, COM(2015)452 fin.; del 13 luglio 2016, COM(2016)467 fin.; del 23 ottobre 2018, COM(2018)800, fin., allegati 1 e 5, recante il Programma di lavoro 2019, nel quale sono indicate le proposte, tra cui quella di un regolamento istitutivo delle liste, che la Commissione intende ritirare.

¹⁶ V. la proposta della Commissione del 4 maggio 2016, COM(2016)270 fin.; con riferimento alla stessa v. il rapporto del Parlamento europeo, doc. 2016/0133(COD). Tra i numerosi commenti alla proposta di riforma, v. M. DI FILIPPO, *The Reform of the Dublin System and the First (Half) Move of the Commission*, in *SIDIBlog*, 12 maggio 2016, reperibile *online*.

¹⁷ V. l'allegato I alla proposta di regolamento, COM(2016)467 e il preambolo allo stesso; per un commento alla proposta v. ECRE, *Comments on the Proposal for an EU Common List of Safe Countries of Origin*, ottobre 2016, reperibile *online*. È appena il caso di ricordare l'ampio dibattito sulla sicurezza della Turchia, a seguito della c.d. dichiarazione tra UE e lo Stato terzo del 18 marzo 2016 sulla gestione dei movimenti migratori: limitandoci ad alcune indicazioni, v. C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso di migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 405 ss.; M. MARCHEGANI, L. MAROTTI, *L'Accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2016, n. 1-2, p. 59 ss.; S. PEERS, E. ROMAN, *The EU, Turkey and the Refugee Crisis: What Could Possibly Go Wrong?*, in *EU Law Analysis*, 5 febbraio 2016, reperibile *online*; UNHCR, *Legal Consideration on the Return of Asylum Seekers and Refugees from Greece to Turkey as Part of the*

2. Nel contesto illustrato la l. 132 del 2018 ha inserito l'art. 2-*bis* nel d.lgs. n. 25, così rendendo operativo nel nostro ordinamento il concetto in esame. Seguendo da vicino le norme dell'atto dell'Unione (articoli 31, par. 8, 32, par. 2, 36 e 37), la nuova disciplina prevede procedure accelerate dell'esame delle domande di protezione internazionale presentate da cittadini di (o apolidi abitualmente soggiornanti in) uno degli Stati sicuri presenti in una lista che va adottata con le modalità e nei tempi indicati¹⁸. L'inserimento nella lista è subordinato alla dimostrazione che, considerati l'ordinamento giuridico e la situazione politica generale, nello Stato di cui si tratta non si verificano atti di persecuzione, quali definiti dall'art. 7 del d.lgs. n. 251 del 2007 attuativo della direttiva qualifiche¹⁹; né tortura o altre forme di pena o trattamento inumano o degradante; né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale²⁰. Per la designazione si tiene conto, tra l'altro, del rispetto nel Paese pertinente delle libertà e dei diritti previsti dalla CEDU (in specie di quelli inderogabili), dal Patto sui diritti civili e politici, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, del divieto di *refoulement* e della previsione di procedure che consentano di far valere con effettività la violazione di quelle libertà e diritti. La designazione può aversi con eccezione di parti del territorio o di categorie di persone.

In definitiva, la recente riforma consente di ritenere manifestamente infondata una domanda di protezione presentata da un cittadino di (o da apolide che soggiornava abitualmente in) un Paese di origine sicuro, salvo che l'interessato dimostri che sussistano giustificati motivi per la domanda di protezione; diversamente, dunque, la domanda sarà rigettata con procedura accelerata, suscettibile di funzionare anche alle frontiere e in una zona di transito (art. 28-*bis*)²¹. Vale la pena di ricordare nuovamente che la domanda di protezione potrà essere rigettata anche ove in una parte del territorio del Paese d'origine il richiedente non abbia fondati motivi di temere di essere perseguitato o non corra i rischi già indicati.

EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration Crisis under Safe Third Country and First Country of Asylum Concept, 23 marzo 2016, reperibile *online*.

¹⁸ V. l'art. 2-*bis*, par. 1, che prevede l'adozione della lista (aggiornata periodicamente e notificata alla Commissione europea) con decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia.

¹⁹ Il decreto ha riguardo alla direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, della quale costituisce una rifusione la direttiva 2011/95. La norma di adattamento segue da vicino la disposizione dell'Unione e definisce gli atti di persecuzione, ai sensi dell'art. 1 A della Convenzione di Ginevra: devono alternativamente essere "sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa" dall'art. 15, par. 2, CEDU; "b) costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani" con "effetto analogo" a quello degli atti ora indicati. Questi "possono, tra l'altro, assumere la forma di: a) atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale; b) provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio (...); f) atti specificamente diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia".

²⁰ Pertinenti al riguardo le seguenti sentenze della Corte di giustizia sulla qualificazione del conflitto, ai fini dell'operare della direttiva: 17 febbraio 2009, causa C-465/07, *Elgafaji e Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, e 30 gennaio 2014, causa C-285/12, *Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*.

²¹ Sulla desunzione dalla prassi applicativa dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra dell'obbligo degli Stati di prevedere procedure idonee a rilevare l'esistenza di un serio pericolo di persecuzione ex art. 1A, ancorché si tratti di domanda che possa apparire abusiva e manifestamente infondata, v. H. BATTJES, *op. cit.*

3. Dati della prassi nota in alcuni Stati membri suggeriscono di procedere con estrema cautela nella designazione dei Paesi di origine sicuri e nell'applicazione delle liste. Un ordine analogo di considerazioni può essere svolto con riguardo all'operare delle zone interne sicure.

In effetti, si hanno decisioni di alte Corti di Stati membri le quali hanno scartato la designazione di taluni Stati come sicuri, poi reinseriti nelle liste con atti delle autorità governative competenti. Pronunciandosi in sede contenziosa, con decisioni del 26 marzo 2012 e del 10 ottobre 2014, il Consiglio di Stato francese ha annullato “la décision du conseil d’administration de l’Office français des réfugiés et apatrides (OFPRA) du 18 mars 2011 en tant qu’elle inscrit sur la liste des pays d’origine sûrs l’Albanie et le Kosovo”²². Tuttavia, gli stessi Stati sono stati reinseriti nella lista: sulla decisione concernente il Kosovo ha inciso la sua presenza nella lista proposta dalla Commissione²³.

Altre indicazioni dello stesso organo richiamano l’attenzione sui limiti all’applicazione, a mezzo di un regolamento dell’Unione, del concetto di Paese terzo sicuro in uno Stato membro, come la Francia, nel quale il diritto di asilo sia previsto dalla Costituzione²⁴.

Il Consiglio di Stato belga ha “annulé l’arrêté royal du 24 avril 2014 portant exécution de l’article 57/6/1, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980 sur l’accès au territoire, le séjour, l’établissement et l’éloignement des étrangers, établissant la liste des pays d’origine sûrs, en tant qu’il inscrit l’Albanie dans la liste des pays d’origine sûrs”²⁵. L’aggiornamento annuale del 2017 ha reintrodotta l’Albania in quell’elenco²⁶.

La prassi mostra, altresì, una relativizzazione dei parametri di riferimento sulla base dei quali si procede alla designazione di Paese sicuro. Così, può accadere che un Paese non inserito nella lista di uno Stato membro sia considerato parzialmente sicuro (o, se si preferisce, insicuro) da un altro Stato membro, in funzione del sesso della persona interessata a ottenere protezione²⁷.

²² V. le decisioni del 26 marzo 2012 n. 349174 (unitamente alle seguenti: n. 349356, n. 349377, n. 349653, n. 350189); nonché del 10 ottobre 2014, numeri 37547 e 57920 (“la décision du 16 décembre 2013 du conseil d’administration de l’Office français de protection des réfugiés et apatrides (...) en tant qu’elle inscrit sur la liste des pays d’origine sûrs la République du Kosovo”): www.conseil-etat.fr.

²³ AIDA, *France Country Report*, p. 67 dell’aggiornamento al 2017, reperibile *online*, anche per altre decisioni del Consiglio di Stato francese rilevanti in materia.

²⁴ Lo stesso Consiglio di Stato francese ha reso un parere contrario all’eventuale inserimento obbligatorio, a mezzo di un atto dell’UE, di norme che prevedano l’irricevibilità della domanda di asilo da parte di persona proveniente da un Paese terzo sicuro: l’inserimento di una siffatta norma nell’ordinamento francese sarebbe impedita dalla previsione costituzionale del diritto di asilo e, pertanto, necessiterebbe dell’adozione di una legge costituzionale modificativa di quella attuale, in modo da rendere possibile il ricorso al concetto in parola. In argomento (anche sul concetto in esame e per una analisi critica delle proposte della Commissione poc’anzi richiamate, nel par. 1), v. S. BOLOGNESE, *Il diritto di asilo costituzionalmente garantito versus il concetto di “Stato terzo sicuro” nel parere dell’Assemblea generale del Consiglio di Stato francese*, in *Questione giustizia*, 3 ottobre 2018, reperibile *online*.

²⁵ V. la decisione del 7 maggio 2015, n. 231.157, www.agii.be.

²⁶ AIDA, *Country Report: Belgium*, aggiornato al 2017, p. 53, reperibile *online*.

²⁷ Cfr., per l’esperienza del Regno Unito, la disciplina (Section 94(4) *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*), concernente la designazione della Nigeria come Stato sicuro per gli uomini ma non per le donne, richiamata nella decisione della Corte suprema del 4 marzo 2015, nel caso *R (on the application of Jamar Brown (Jamaica)) v. Secretary of State for the Home Department*, reperibile *online*; cfr. pure *infra*, testo e nota 32. Inoltre, v. il parere richiamato di seguito, testo e nota 34.

Quanto precede mostra la variabilità del concetto in esame e denota le incertezze che accompagnano la presunzione di sicurezza di alcuni Stati, ancorché tra gli stessi figurino Stati parte degli strumenti internazionali richiamati dalla direttiva (e, sulla base di questa, dalla legge italiana). Invero, per indicazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'essere parte di atti sui diritti dell'uomo (come la CEDU) non costituisce un dato da solo indicativo con sicurezza dell'effettività della tutela dei diritti individuali garantiti da quegli atti (dalla CEDU)²⁸.

D'altro canto, gli svolgimenti che precedono – e gli aggiornamenti talvolta semestrali delle liste²⁹ – appaiono indicativi dell'esigenza che gli organi preposti all'esame della domanda di protezione internazionale abbiano riguardo alla situazione dello Stato di origine del richiedente al momento in cui sia presentata la domanda, utilizzando, a tal fine, i mezzi di accesso alle informazioni pertinenti³⁰. Quegli stessi svolgimenti suggeriscono cautela nel procedere all'applicazione del concetto in esame, prendendo in considerazione, come previsto dalla direttiva e dalla legge italiana, tutte le circostanze personali³¹.

Degna di nota in tal senso la giurisprudenza della Corte suprema del Regno Unito relativa a una situazione di discriminazione, nel Paese di origine, per orientamento sessuale³². Gli svolgimenti di quella Corte si soffermano sulla portata dell'espressione, presente nella direttiva e nella legge italiana, “generale e sistematica” mancanza di persecuzione alla luce, per l'appunto, di situazioni accertate di discriminazione ricollegabili a caratteristiche personali. Quegli stessi svolgimenti inducono a concentrare l'attenzione sull'appartenenza a un gruppo sociale quale possibile ragione di persecuzione in uno Stato ritenuto sicuro³³. Si tratta di una causa discriminatoria cui fa riferimento l'art. 33, par. 1, della Convenzione del 1951.

L'esigenza di aver riguardo con attenzione alle posizioni individuali, per valutare il carattere sicuro di uno Stato, ancorché ritenuto tale in generale, emerge altresì da un parere reso dal Procuratore generale su richiesta del Consiglio di Stato olandese³⁴.

²⁸ Cfr. la sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, considerata nel par. che segue.

²⁹ AIDA, *Country Report: Germany*, aggiornato al 2017, p. 50 ss., reperibile *online*.

³⁰ Cfr. l'art. 27 del d.lgs. n. 25, in specie il par. 1-*bis* (“La Commissione territoriale, ovvero il giudice in caso di impugnazione, acquisisce, anche d'ufficio, le informazioni, relative alla situazione del Paese di origine e alla specifica condizione del richiedente, che ritiene necessarie a integrazione del quadro probatorio prospettato dal richiedente”).

³¹ Cfr. i riferimenti normativi nel par. che segue.

³² V. 24 febbraio 2005, *R (on the application of Husein) v. Secretary of State for the Home Department*, reperibile *online*; e *R (on the application of Jamar Brown (Jamaica))*.

³³ V. il secondo dei casi indicati nella nota che precede.

³⁴ V. il *Report* sullo Stato di origine sicuro relativo all'Olanda in www.asylumineurope.org. Seguendo le indicazioni del *Meijers Committee* (CM1515, *Note on an EU List of Safe Countries of Origin: Recommendations and Amendments*, del 5 ottobre 2015, reperibile *online*), il Procuratore generale si poneva il quesito se un Paese sicuro per la stragrande maggioranza della popolazione possa non essere sicuro. Anche sulla base dell'esperienza del Regno Unito poc'anzi richiamata, rilevata la necessità di procedere a un'analisi giuridica e fattuale della situazione in un dato Paese (si trattava della condizione di omosessuali in Albania) e all'esame della valutazione di sicurezza non in generale ma per l'interessato nel caso concreto, il procuratore Widdershoven è prevenuto alle seguenti conclusioni: “un Paese non può essere considerato ‘generalmente’ come un Paese sicuro se vi sono gruppi (di minoranza) chiaramente identificabili di una certa dimensione, come LGBTI o donne (...). Un Paese non può essere considerato un paese sicuro se la situazione di sicurezza è mutevole o se alcune parti di tale Paese non sono sicure, a meno che la parte non sicura riguardi una parte particolarmente piccola di quel Paese. È possi-

Invero, in assenza di un attento esame della situazione personale del richiedente protezione internazionale, potrebbe aversi, anzitutto, il rischio di decisioni seriali condizionate dalla cittadinanza del richiedente asilo, come tali in contrasto con il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità, *ex art. 3, par. 1*, della citata Convenzione del 1951³⁵, con la quale deve essere compatibile (art. 78, par. 1, TFUE) la “politica comune in materia di asilo”. Certo, quella Convenzione non esclude procedure differenziate dell’esame delle domande di protezione; peraltro, qui si tratta di un possibile approccio applicativo, nel corso di procedure accelerate, del concetto di Paese di origine sicuro, suscettibile di ostacolare di fatto che le persone provenienti da un dato Paese possano aspirare alla protezione internazionale³⁶.

D’altro canto, è appena il caso di ricordare che in materia opera l’art. 21, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali, il quale pone il divieto di “qualsiasi forma di discriminazione fondata, *in particolare*, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l’origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l’età o orientamento sessuale” (corsivo aggiunto)³⁷. Tale divieto costituisce una garanzia per i richiedenti protezione, nell’operare del concetto di Stato di origine sicuro³⁸.

bile la designazione di un Paese come Paese sicuro ad eccezione di gruppi chiaramente identificabili in anticipo, come LGBTI o donne. Il Segretario di Stato può designare un Paese come sicuro, delimitando geograficamente una parte insicura del Paese, solo se una chiara distinzione può essere fatta tra la porzione sicura e non sicura” (traduzione nostra). Il parere del 20 luglio 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2040, è reperibile in uitspraken.rechtspraak.nl.

³⁵ Cfr. Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, *Note générale sur la notion de pays et sur le statut de réfugié*, EC/SCP/68 -Sous-Comité protection, 26 luglio 1991, www.unhcr.fr.

³⁶ Indicazioni nella nota che precede.

³⁷ Come è noto e si legge nelle Spiegazioni relative alla Carta (reperibili *online*), la norma “tratta soltanto delle discriminazioni ad opera delle istituzioni e degli organi dell’Unione stessi nell’esercizio delle competenze conferite ai sensi dei trattati e ad opera degli Stati membri soltanto quando danno attuazione al diritto dell’Unione”.

³⁸ Rispetto a quanto osservato nel testo, appare utile richiamare l’art. 23, par. 1, del Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale sull’espulsione degli stranieri (“Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie serait menacée”). Riprendendo l’art. 14 del medesimo Progetto, redatto sulla falsa riga dell’art. 2, par. 1, del Patto sui diritti civili e politici, l’art. 23 dispone quanto segue: “1. Un étranger ne peut être expulsé vers un État où sa vie serait menacée en raison notamment de sa race, de sa couleur, de son sexe, de sa langue, de sa religion, de ses opinions politiques ou de toute autre opinion, de son origine nationale, ethnique ou sociale, de sa fortune, de sa naissance ou de toute autre situation, ou de tout autre motif non admis en droit international”. Il Commento alla norma riportata richiama la clausola non discriminatoria contenuta nel Patto, uno dei “trattati pertinenti”, inequivocabilmente richiamati dall’art. 78, par. 1, TFUE. Si legge in quel Commento: “Les motifs de discrimination interdits qu’énumère le projet d’article 14 et (...) reproduits dans le projet d’article 23 sont ceux qui figurent à l’article 2, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. À cet égard, il n’y aurait aucune raison valable pour que la liste des motifs discriminatoires figurant au projet d’article 23 soit moins étendue que celle du projet d’article 14. En particulier, la liste de motifs figurant à l’article 33 de la Convention de 1951 est trop étroite dans le présent contexte, où il s’agit de couvrir non seulement le cas d’individus répondant à la définition de ‘réfugié’, mais les étrangers en général et dans une multitude de situations possibles. S’agissant de l’interdiction de toute discrimination fondée sur l’orientation sexuelle, il existe une tendance en ce sens dans la pratique internationale et dans la jurisprudence, sans que cette interdiction soit universellement reconnue”. V. *sub art. 23*, in UN doc. A/69/10, reperibile *online*, con indicazioni, in nota, della “giurisprudenza” pertinente degli organi di garanzia del Patto e della CEDU.

Si tratta di un aspetto sul quale ha richiamato l'attenzione il Comitato economico e sociale europeo, commentando la lista proposta dalla Commissione³⁹.

A conferma di quanto precede, circa la necessita di un attento esame, al di là della valutazione generale di sicurezza di un dato Paese, del trattamento in esso riservato ad alcune persone o a persone appartenenti a minoranze, vale la pena di seguire da vicino la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza del 7 luglio 2015, relativa all'affare *V.M. e al. c. Belgio*, ancorché poi cancellato dal ruolo, per ragioni che non toccano il profilo, di seguito, messo in luce⁴⁰. Si legge in quella sentenza: “Quant à la situation en Serbie, pays que les requérants avaient fui, la Cour dispose de plusieurs rapports indiquant que les Serbes d'origine rom faisaient l'objet de discriminations en Serbie, qu'ils y vivaient dans des conditions déplorable, et qu'ils n'avaient pas accès aux soins de santé, au logement ou à l'éducation (...). Il faut, de l'avis de la Cour, combiner ces informations aux allégations de discrimination et de mauvais traitements subis en Serbie que les requérants ont fait valoir devant les autorités d'asile belges (...) et aux facteurs de vulnérabilité propres aux requérants du fait de la présence d'une jeune fille sévèrement handicapée et de jeunes enfants dont un nourrisson. Ces éléments pris dans leur ensemble suffisent à la Cour pour considérer que les griefs relatifs aux risques en cas de retour en Serbie étaient défendables (...)”.

Si ha riguardo a uno degli Stati inseriti nella lista proposta dalla Commissione⁴¹.

4. Nel parere poc'anzi richiamato si ammette la possibilità che un Paese possa essere designato sicuro con esclusione di una sua parte; ciò purché sia possibile una chiara distinzione tra parte sicura e parte non sicura⁴². La legge italiana, come sappiamo, prevede tale possibilità⁴³: in altri termini, avendosi una siffatta zona territoriale, la Commissione territoriale competente può rigettare la domanda di protezione e, alle condizioni previste, il richiedente può essere rinviato nella parte sicura del proprio Paese d'origine.

³⁹ Il Comitato “ritiene che il concetto di paese di origine sicuro non possa essere in alcun modo applicato in caso di mancato rispetto della libertà di stampa o di impedimento del pluralismo politico, oppure nel caso di paesi dove i cittadini vengono perseguitati per motivi di genere, di orientamento sessuale o di appartenenza a minoranze nazionali, etniche, culturali o religiose”: il parere del Comitato economico e sociale europeo (sulla “Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un elenco comune dell'UE di paesi di origine sicuri ai fini della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale, e che modifica la direttiva 2013/32/UE”) è in www.eesc.europa.eu.

⁴⁰ Cfr. la sentenza del 17 novembre 2016, con la quale la Grande Camera ha cancellato la causa dal ruolo, in applicazione dell'art. 37, par. 1, lett. a), CEDU.

⁴¹ Cfr. *supra*, testo e nota 17.

⁴² Le espressioni utilizzate per definire le zone in parola corrispondono a concetti differenti, che pongono in luce o il ruolo alternativo delle stesse (con fuga verso uno Stato terzo: “Internal Flight Alternative”), o il profilo della ricollocazione di colui che abbia presentato domanda di protezione (“Internal Relocation Alternative”), o l'aspetto, accolto nel diritto dell'Unione, di protezione alternativa (“Internal Protection Alternative”). Non è possibile in questa sede soffermarsi sui diversi approcci sottostanti alle definizioni indicate, alla luce del diritto internazionale; ci limitiamo a rinviare, tra gli altri, a J.C. HATHAWAY, M. FOSTER, *Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, p. 357 ss. e p. 361 ss.

⁴³ Cfr. *supra*, par. 2.

La previsione in parola è consentita dal diritto dell'Unione. In effetti, la direttiva procedure dispone, nell'allegato I, che un Paese d'origine è considerato sicuro, tra l'altro, se non ci sono generalmente e costantemente le persecuzioni di cui fa menzione l'art. 9 della direttiva qualifiche. Ora, quest'ultima, oltre a prevedere il carattere effettivo e non episodico della protezione⁴⁴, reca che nell'esame "della domanda di protezione internazionale, gli Stati membri possono stabilire che il richiedente non necessita di protezione internazionale se, in una parte del territorio del paese d'origine, questi: a) non ha fondati motivi di temere di essere perseguitato o non corre rischi effettivi di subire danni gravi; oppure b) *ha accesso alla protezione* contro persecuzioni o danni gravi di cui all'articolo 7; e *può* legalmente e senza pericolo *recarsi* ed essere ammesso in quella parte del paese e *si può ragionevolmente supporre che vi si stabilisca*" (corsivi aggiunti). Per l'operare di detta previsione "gli Stati membri tengono conto *al momento della decisione* sulla domanda delle condizioni generali vigenti in tale parte del paese, nonché delle circostanze personali del richiedente (...)", assumendo "informazioni precise e aggiornate" dalle fonti pertinenti indicate (corsivo aggiunto; art. 8). In siffatte situazioni, dunque, la legge italiana consente l'applicazione delle procedure previste per l'esame di domande di cittadini di Paesi di origine sicuri⁴⁵.

Ancorché, con cautela, la possibilità del rinvio in una zona interna sicura è stata ammessa dall'Alto Commissariato dei rifugiati e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁶. Dato il ruolo, come è noto, della CEDU nel diritto dell'Unione

⁴⁴ Cfr. *supra*, nota 19.

⁴⁵ In effetti la "designazione di un Paese di origine sicuro può essere fatta con l'eccezione di parti del territorio o di categorie di persone" (art. 2-*bis*, par. 2); l'art. 28, par. 1, lett. c-*ter*) prevede poi l'esame prioritario della domanda presentata "da un richiedente proveniente da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell'articolo 2-*bis*"; l'art. 28-*bis*, par. 1-*bis*, aggiunge che nel caso ora considerato "la questura provvede senza ritardo alla trasmissione della documentazione necessaria alla Commissione territoriale che adotta la decisione entro cinque giorni"; infine l'art. 28-*ter*, par. 1, lett. b) prevede che la domanda è dichiarata infondata nel caso di provenienza da Paese di origine sicuro, espressione comprensiva come si è vista del caso previsto dalla disposizione inizialmente riportata.

⁴⁶ "In the case of Somalia, UNHCR has assessed that the majority of refugees who fled areas which are now in the northern sector can safely return to their habitual areas of former abode, although their right to return is seriously challenged by the overstretched absorption capacity. Also, importantly, it cannot be ruled out that some individuals originating from Somaliland and Puntland may have a well-founded fear of persecution. Claims to this effect should therefore be dealt with in line with global standards of refugee status determination. A similar positive assessment cannot be made for the southern sector of the country, where conflict, insecurity and lawlessness still dominate the situation in large areas. This is why UNHCR continues to encourage the granting of refugee status, or other forms of complementary protection, to those being forced to leave the southern sector": UNHCR, *Position on the Return of Rejected Asylum-Seekers to Somalia*, gennaio 2004, reperibile online, p. 5. Avendo riguardo allo stesso Stato, nella sentenza della Corte europea dell'11 settembre 2007, *Salah Sheekh c. Olanda*, si legge quanto segue: "It appears from the most recent country report on Somalia compiled by the Dutch Ministry of Foreign Affairs, that the areas currently considered "relatively safe" are Somaliland, Puntland (except for the town of Galkayo) and the islands off the coast of southern Somalia (...) Apart from the islands, this corresponds to the areas identified as "safe" by the UNHCR in its Position Paper of January 2004 (...). The Court has been provided with and has obtained a considerable amount of information relating to the situation in both Somaliland and Puntland, from which it undoubtedly appears that those territories are generally more stable and peaceful than south and central Somalia. Nevertheless, there is a marked difference between the position of, on the one hand, individuals who originate from those areas and have clan and/or family links there and, on the other hand, individuals who hail from elsewhere in Somalia and do not have such links in Somaliland or Puntland. On the basis of the available information, the Court is prepared to accept that the expulsion to Somaliland or Puntland of

e nell'ordinamento italiano⁴⁷, appare opportuno ricordare velocemente alcune statuizioni di quella Corte, delle quali va tenuto conto in vista del possibile ricorso alle zone interne sicure nel meccanismo di esame della domanda di protezione.

La Corte ha avuto cura di precisare che “the person to be expelled must be *able to travel* to the area concerned, to gain admittance *and be able to settle there*, failing which an issue under Article 3 may arise, the more so if in the absence of such guarantees there is a possibility of the expellee ending up in a part of the country of origin where he or she may be subjected to ill-treatment”⁴⁸ (corsivi aggiunti). Ancorché con riferimento a una possibile violazione dell'art. 3 CEDU, nell'approcio della Corte, dunque, la sicurezza della zona è strettamente collegata non solo alla possibilità di poterla raggiungere, ma altresì alla circostanza che la persona possa stabilirsi lì. La direttiva qualifica si accontenta di prevedere che sia possibile “ragionevolmente supporre che vi [nella zona] si stabilisca”. Questa espressione è ripresa nella legge italiana, senza ulteriori precisazioni (art. 32, co. 1, lett. b-ter).

Qualche indicazione utile per poter delineare o no come sicura una zona interna è desumibile da quella direttiva e da atti estranei all'UE. Come sappiamo, in base all'art. 8, par. 2, della direttiva in parola “gli Stati membri tengono conto al momento della decisione sulla domanda delle *condizioni generali* vigenti in tale parte del paese, nonché *delle circostanze personali* del richiedente” (corsivi nostri). Ora, è prospettabile, anzitutto, che siffatte condizioni generali possano costituire in determinate situazioni una presunzione sfavorevole al rinvio in un dato Paese⁴⁹. Così nel caso cui fa riferimento il par. 27 del preambolo di quello stesso atto: “qualora lo Stato o agenti dello Stato siano i responsabili della persecuzione e dei danni gravi, *si dovrebbe presupporre che il richiedente non abbia la possibilità di beneficiare di una protezione efficace*” (corsivi aggiunti)⁵⁰. In siffatta situazione, cioè, è ragionevole supporre che lo Stato *de quo* non abbia zone interne sicure.

a failed asylum seeker belonging to the first group would not generally expose the person concerned to a real risk of being subjected to treatment in violation of Article 3. As far as the second group is concerned, however, the Court is not persuaded that the relevance of clan protection in the “relatively safe” areas has diminished to the extent as suggested by the Government. It notes in this respect that as regards the expulsion of a Somali national to a part of the country from where he or she does not originate, UNHCR is of the opinion that ‘considerations based on the prevailing clan system are of crucial importance’ (...). Clan affiliation has further been described as the most important common element of personal security across all of Somalia (...), and thus not merely in the ‘relatively unsafe’ areas” (par. 139). Si vedano pure le sentenze del 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*; del 6 marzo 2001, *Hilal c. Regno Unito*; e del 3 agosto 2016, *J.K. e al. c. Svezia*.

⁴⁷ Ampia è la bibliografia in materia. Limitandoci ad alcune indicazioni, v. U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 7 ss.; G. GAJA, *Lo Statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 685 ss.

⁴⁸ V. il par. 141 della prima sentenza cit. nella nota che precede.

⁴⁹ V. ampiamente APAIPA, *Actors of Protection and the Application of the Internal Protection Alternative European Comparative Report*, con bibliografia finale, www.ecre.org.

⁵⁰ Del pari, per la designazione della zona va tenuto conto che “[q]uando il richiedente è un minore non accompagnato, l'esistenza di adeguati dispositivi di assistenza e custodia che siano nell'interesse superiore del minore non accompagnato *dovrebbe costituire un elemento per valutare se una protezione sia effettivamente disponibile*” (corsivo aggiunto).

Si tratta di aspetti presi in considerazione in linee guida dell'UNHCR⁵¹. Questo ha attirato l'attenzione sulla necessità che la zona sia “practically, safely, and legally accessible to the individual”, considerazione coerente con la statuizione poc'anzi riportata della Corte europea. Inoltre, al fine di tracciare la sicurezza dell'area, l'Alto Commissariato ha preso in considerazione la natura statale o non statale dei possibili autori delle persecuzioni; allo stesso scopo, ha attirato l'attenzione sul possibile rilievo della situazione socioeconomica dell'area, posto che “[i]f the situation is such that the claimant”, date le sue condizioni, “will be unable to earn a living or to access accommodation, or where medical care cannot be provided or is clearly inadequate, the area may not be a reasonable alternative”⁵².

Sulla base di quanto precede si comprende agevolmente come la possibilità di rendere operativa una zona interna, nel senso indicato, comporti un attento esame fattuale dell'area; in relazione a questa, della situazione del richiedente protezione; della prospettiva di trattamento dell'interessato da parte degli attori di protezione, nonché della permanenza di questa.

Quanto osservato risulta particolarmente evidente ove sia in gioco la possibile violazione dei diritti tutelati dell'art. 3 CEDU (o da altre norme di contenuto analogo), per effetto dell'espulsione di una persona⁵³. Ai fini della valutazione della capacità di protezione di uno Stato, avendo riguardo ad alcuni luoghi di questo, nella sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha distinto tra dati attinenti alla situazione normativa generale dello Stato e prassi applicativa delle norme pertinenti, con prevalenza della seconda in quanto indicatore reale del funzionamento di uno Stato nel caso concreto. In quello di cui si trattava, la Corte, considerate le condizioni socioeconomiche degli interessati, ha ritenuto inadeguate le attività statali a protezione degli stessi, nel luogo in cui questi si trovavano, così dando un giudizio di assenza di capacità di protezione. Nel pervenire a siffatta conclusione, la Corte, dunque, ha valorizzato l'aspetto socioeconomico, che in altra occasione non aveva considerato decisivo ai fini della valutazione della possibile violazione dell'art. 3 CEDU, per effetto del rinvio in una certa zona⁵⁴. Il rilievo dato dalla Corte alle condizioni socioeconomiche va inteso, ci sembra, alla luce delle caratteristiche complessive del caso di specie e può variare in considerazione dell'“applicant's ability to cater for his most basic needs, such as food, hygiene and shelter, his vulnerability to ill-treatment and the

⁵¹ UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 4: “Internal Flight or Relocation Alternative” Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/04, 23 luglio 2003, reperibile *online*.

⁵² *Ivi*, con riferimento alle zone in esame. Invero, gli svolgimenti della procedura dipendono dall'approccio seguito nell'applicazione del concetto di zona interna sicura: le stesse possono venire in gioco dopo che l'interessato abbia dimostrato il fondato timore di persecuzione in altra parte del territorio del proprio Stato; ovvero, come previa individuazione di Stati con zone interne sicure, che quindi finiscono per costituire una componente della valutazione dell'esame della domanda di protezione.

⁵³ Prendendo in considerazione, ai fini della valutazione della sicurezza, anche la possibilità di *refoulement* indiretto dal luogo di rinvio. Sul *refoulement* indiretto (oltre a UNHCR, *Summary Conclusions on the Concept of “Effective Protection” in the Context of Secondary Movements of Refugees and Asylum-Seekers*, febbraio 2003, par. 15 s.), v. quanto ricordato dalla Corte europea nei paragrafi 146 s. della sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e al. c. Italia*.

⁵⁴ “Such considerations do not necessarily have a bearing, and certainly not a decisive one, on the question whether the persons concerned would face a real risk of ill-treatment within the meaning of Article 3 of the Convention in those areas”: sentenza *Salah Sheekh*, par. 141.

prospect of his situation improving within a reasonable time-frame”⁵⁵. In altri termini, la valutazione della situazione e caratteristiche della persona interessata incide sul rilievo, dal punto di vista della violazione dell'art. 3 CEDU, di considerazioni socioeconomiche concernenti il luogo di rinvio: così in un caso nel quale, secondo la Corte, l'interessata, vista la sua formazione ed esperienza, sarebbe stata in grado di ricostruire la propria vita nel luogo in parola⁵⁶.

Sulla base di quanto precede appare legittimo dubitare dell'adeguatezza delle procedure accelerate, quale luogo nel quale esaminare compiutamente se la protezione di cui necessita il richiedente possa aversi in zone interne sicure del suo Paese di origine. È questa la posizione dell'UNHCR⁵⁷.

5. Infine, va richiamata l'attenzione su alcuni profili processuali della legge italiana. Questa, così come già riformata dalla l. n. 46 del 2017, prevede la possibilità del ricorso, dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, avverso la decisione della Commissione territoriale, senza effetto sospensivo automatico⁵⁸. Contro la sentenza del tribunale è ammesso ricorso davanti alla Corte di Cassazione, con la competenza del giudice che ha adottato il decreto impugnato a pronunciarsi sulla richiesta di sospensione degli effetti del decreto (articoli 35 e 35-bis, co. 13); la medesima può essere disposta ove “sussistono fondati motivi”.

Pronunciandosi sulla parte finale della disciplina ora riferita, la Corte di giustizia ha avuto modo di ricordare che spetta all'autonomia degli Stati membri la decisione di inserire o no nel proprio sistema processuale un secondo grado di ricorso corredata da un procedimento cautelare volto a sospendere l'esecuzione della decisione di rigetto del ricorso⁵⁹. Beninteso, continua la Corte, tale previsione deve essere sempre rispettosa dei principi di equivalenza, la cui valutazione è demandata al giudice nazionale, ed effettività, che la Corte ha ritenuto garantito nel caso di specie, posto che, in materia di protezione internazionale, il diritto dell'Unione richiede soltanto un mezzo di ricorso giurisdizionale⁶⁰.

⁵⁵ Per una panoramica dell'approccio seguito, di volta in volta, dalla Corte, cfr. i paragrafi 278 ss. (comprensivi del passaggio riportato nel testo) della sentenza del 28 giugno 2011, *Sufi e Elmi c. Regno Unito*.

⁵⁶ “The Court must assess the applicant's personal situation in Nigeria (...). While it might be difficult to live in Nigeria as an unmarried woman without support of her family, the Court reiterates that the fact that the applicants' circumstances in Nigeria would be less favourable than those enjoyed by her in Austria cannot be regarded as decisive from the point of view of Article 3 (see also *Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, § 38, ECHR 2001-I; *Salkic and Others v. Sweden* (dec.), no. 7702/04, 29 June 2004; and *Collins and Akaziebie v. Sweden* (dec.), no. 23944/05, 8 March 2007). The Court concludes that owing to her education and working experience as a seamstress, there is reason to believe that the applicant will be able to build up her life in Nigeria without having to rely on support of family members”: v. *sub* “The Law” della decisione del 20 settembre 2011, sull'ammissibilità del ricorso *Omeredo c. Austria*.

⁵⁷ UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 4*, par. 36: “Given the complex and substantive nature of the inquiry, the examination of an internal flight or relocation alternative is not appropriate in accelerated procedures, or in deciding on an individual's admissibility to a full status determination procedure”.

⁵⁸ *Ma v.*, autorevolmente, in senso contrario, A. PROTO PISANI, *In tema di protezione internazionale dello straniero*, in *Foro italiano*, 2010, I, c. 3045.

⁵⁹ Ordinanza del 27 settembre 2018, causa C-422/18, *FR c. Ministero dell'Interno - Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione Internazionale presso la Prefettura U.T.G. di Milano*.

⁶⁰ *Ivi*, punto 46.

Si tratta di svolgimenti che aprono la strada a possibili considerazioni critiche qui richiamate sinteticamente⁶¹. D'altro canto, in materia opera la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'automaticità dell'effetto sospensivo, ove sia in gioco il rischio di violazione dell'art. 3 CEDU: da quella giurisprudenza si ricava, cioè, che, a garanzia del *non-refoulement*, l'effetto sospensivo automatico (l'effettività del ricorso) prevale sulla presunzione di sicurezza di uno Stato: “on ne saurait exclure que, dans un système où la suspension est seulement accordée sur demande, au cas par cas, elle puisse être incorrectement refusée, notamment s'il devait s'avérer ultérieurement que l'instance statuant au fond doive quand même annuler la décision d'expulsion litigieuse pour non-respect de la Convention, par exemple parce qu'elle estime, après un examen plus approfondi, que l'intéressé risquerait quand même de subir des mauvais traitements dans le pays de destination. En pareil cas, le recours en extrême urgence exercé par l'intéressé n'aurait pas présenté l'effectivité voulue par l'article 13”⁶².

Con riguardo alla disciplina processuale velocemente esposta, è da ricordare, inoltre, che, essendo in gioco il rischio di violazione dell'art. 3 CEDU, giusta le indicazioni della sentenza relativa al caso *Saadi c. Italia*, se, per un verso, “[i]t is in principle for the applicant to adduce evidence capable of proving that there are substantial grounds for believing that, if the measure complained of were to be implemented, he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (...)”; per altro verso, ove “such evidence is adduced, it is for the Government to dispel any doubts about it”. Pertanto, non è priva di rilievo la previsione, già riferita, contenuta nell'art. 27 (“procedura di esame”), co. 1-*bis*, del d.lgs. n. 25: la Commissione territoriale o il giudice, può disporre, anche di ufficio, l'acquisizione di dati concernenti la condizione del richiedente e del suo paese di origine “a integrazione del quadro probatorio prospettato dal [primo]”. È da auspi-

⁶¹ V., in www.questionegiustizia.it, i commenti (all'ordinanza di rinvio) di A. ADINOLFI, *Diritto dell'Ue e soggiorno del richiedente protezione internazionale in attesa dell'esito del ricorso in Cassazione: qualche osservazione a margine dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano (n. 44718/2017)*, 29 giugno 2018; e (su quella della Corte) di F. CAPOTORTI, *Il ruolo del giudice nazionale dell'asilo tra effettività dei ricorsi e autonomia procedurale degli Stati membri: il punto sulla sospensiva*, 27 novembre 2018, con svolgimenti critici sull'ordinanza della Corte; inoltre sui problemi di scarsa congruenza della disciplina in parola con i principi indicati, nel testo, F.G. DEL ROSSO, L. PISONI, *Garanzie e principio di effettività del processo nella tutela del richiedente asilo*, 6 marzo 2019.

⁶² Con sentenza del 26 settembre 2018, causa C-175/17, X c. *Belastingdienst/Toeslagen*, la Corte ha statuito che l'art. 39 della direttiva 2005/85/CE (direttiva procedura, prima versione) e l'art. 13 della direttiva rimpatri (2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare), “letti alla luce dell'articolo 18 e dell'articolo 19, paragrafo 2, nonché dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale la quale, pur prevedendo un appello contro le sentenze di primo grado confermate di decisioni che respingono domande di protezione internazionale e impongono un obbligo di rimpatrio, non dota tale mezzo di impugnazione di effetto sospensivo automatico, anche quando la persona interessata invochi un grave rischio di violazione del principio di non respingimento” (punto 48). Sul punto vale la pena di riportare la seguente posizione del Comité contre la torture, Observations finales du Comité contre la torture, France, 26 avril - 14 mai 2010, www2.ohchr.org: “Le demandeur peut donc être renvoyé vers un pays où il risque la torture, et ce avant que la Cour nationale du droit d'asile ait pu entendre sa demande de protection (...) le Comité n'est pas convaincu que la procédure prioritaire offre des garanties suffisantes contre un éloignement emportant un risque de torture (art. 3). Le Comité a recommandé que la France 'instaure un recours suspensif pour les demandes d'asile placées en procédure prioritaire'”.

care che la previsione trovi riscontro pratico, in linea con le indicazioni della Corte europea.

Da segnalare, infine, la possibile interazione tra la direttiva procedure e la direttiva sul rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Può infatti aversi il rigetto della domanda di protezione accompagnata da decisione di rimpatrio. Ora, sull'operare di quest'ultima è suscettibile di incidere quanto statuito dalla Corte di giustizia con sentenza del 19 giugno 2018, causa C-181/16, *Gnandi c. Belgio*. Distinguendo tra decisione di rimpatrio della persona che abbia proposto la domanda di protezione, a seguito del rigetto di questa, ed esecuzione della stessa decisione, la Corte ha stabilito che il combinato disposto delle pertinenti disposizioni delle due direttive dev'essere interpretato nel senso che quelle norme non ostano *all'adozione di una decisione* di rimpatrio, "subordinatamente alla condizione, segnatamente, che lo Stato membro interessato garantisca la *sospensione di tutti gli effetti giuridici* della decisione di rimpatrio nelle more dell'esito del ricorso" (corsivo aggiunto) avverso il rigetto della domanda, beneficiando il richiedente dei diritti riconosciuti dalla direttiva 2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri. La qual cosa incide in senso favorevole alla posizione di colui che abbia chiesto protezione internazionale, ancorché la sua domanda sia stata respinta e non siano ricollegati effetti sospensivi automatici al ricorso avverso la decisione di diniego della protezione.

Abstract

The Activation of the Concept of Safe Country of Origin in the Italian Legal System

Law No. 132 of 2018 included the concept of 'safe country of origin' in the Italian legal system. By closely following the rules of the procedure directive, this new regulation provides for accelerated procedures for examining applications for international protection that are presented by citizens of (or stateless persons habitually residing in) one of the 'safe States' on the list prepared by a ministerial decree. The relevant practice that is known in other European countries suggests caution in the designation of safe states of origin and in the application of the concept of 'safe state of origin'. Similar indications apply to the application of the concept of 'Internal Protection Alternative' (or 'Internal Flight Alternative', or 'Internal Relocation Alternative'). UNHCR guidelines, as well as ECHR decisions, witness to the above-mentioned indications.

Pierre de Gioia Carabellese*

Le cartolarizzazioni fra nuova regolamentazione UE e attività bancaria opaca**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le cartolarizzazioni nella loro dinamica economica. – 3. La nuova disciplina europea e le principali caratteristiche delle cartolarizzazioni UE. – 4. Requisiti prescritti per le cartolarizzazioni. – 5. *Segue*: il requisito di semplicità. – 6. *Segue*: il requisito di standardizzazione. – 7. *Segue*: il requisito di trasparenza. – 8. Altri requisiti. – 9. *Segue*: il requisito di mantenimento. – 10. *Segue*: il dovere di prospetto. – 11. *Segue*: la dovuta diligenza. – 12. Conclusioni.

1. Le operazioni di finanza strutturata e le cartolarizzazioni¹, quali transazioni ascrivibili per antonomasia a tale tipologia di operazioni, sono assurte all'onore dei dibattiti scientifici degli ultimi anni. Tali transazioni segnano il passaggio da un modello di banca tradizionale – basato sulla raccolta del risparmio e l'esercizio del credito – ad una fenomenologia operativa più complessa, in cui l'ente creditizio cerca forme di finanziamento alternativo e si specializza in attività di consulenza finanziaria, in passato nemmeno immaginate. In particolare, le operazioni di cartolarizzazione² hanno fatto nascere un mercato parallelo in cui il risparmio o l'investimento non è raccolto e/o sollecitato attraverso soggetti tradizionali vigilati – quali le banche e/o le imprese di investimento – ma tramite veicoli a bassa capitalizzazione (gli *special purpose vehicles* o SPV) che operano nel nuovo mercato, alternativo a quello tradizionale finanziario.

* Full Professor of Law in England and Wales, FHEA, già Professor of Law (University of Huddersfield) e Associate Professor of Business Law (Heriot Watt University, Edinburgo).

** Il presente contributo è stato elaborato a partire dall'esperienza di Visiting Professor of Company Law nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro (ottobre-dicembre 2018).

¹ O *securitizations*. Un caveat di tipo linguistico per l'intero lavoro: nello scrivere in italiano, si cercherà di bandire espressioni non italiane e, soprattutto, inglesi che – si osserva con rammarico – in Italia vengono usate e abusate sempre più.

² Per scritti seminali in tema di *securitization*, si veda S.L. SCHWARCZ, *Structure Finance: A Guide to the Principles of Asset Securitization*, New York, 2003, III ed.; ID., *Securitization Post-Enron*, in *Cardozo Law Review*, 2004, p. 1539 ss.; ID., *Disclosure's Failure in the Subprime Mortgage Crisis*, in *Utah Law Review*, 2008, p. 1109 ss.; ID., *Regulating Shadow Banking*, in *Review of Banking & Financial Law*, 2012, p. 619 ss.; ID., *What is a Securitization? And for What Purposes?*, in *Southern California Law Review*, 2012, p. 1283; D. RAMOS MUÑOZ, *The law of transnational securitization*, Oxford, 2010. Nella manualistica gius-bancaria internazionale, per tutti M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, Padova, 2018, p. 35 ss. In merito alla struttura economica di una cartolarizzazione, si veda da ultimo S.Y. DEKU, A. KARA, *Securitization: Past, Present and Future*, Londra, 2017.

In relazione al modo di operare dei nuovi intermediari, si è coniata, a partire dal 2008, l'espressione che qualifica l'attività bancaria come opaca (o *shadow banking*). Nel nuovo mercato, l'investitore che accede alla nuova forma di investimento in titoli emessi da un veicolo non gode, in caso di sua insolvenza, della tradizionale forma di tutela riservata al depositante. In altre parole, l'attività bancaria viene svolta da una serie di istituzioni specializzate, quali le banche opache (o *shadow banks*, per l'appunto i veicoli), che svolgono funzioni di trasformazione dei crediti e delle scadenze con l'emissione di titoli senza peraltro offrire agli investitori la peculiare garanzia del loro rimborso alla scadenza, di norma assicurata ai depositanti (*depositors' protection*); tra l'altro, le banche hanno usato i veicoli (SPV), in quanto non regolamentati³. Si può affermare che la tradizionale attività bancaria (di intermediazione fra risparmiatori e prestatori di denaro) riceve talora il diretto supporto del "settore pubblico"⁴ laddove l'attività bancaria opaca è supportata solo in modo indiretto o implicito⁵, per quanto riguarda le operazioni di cartolarizzazione, attraverso la loro appostazione fuori bilancio da parte delle istituzioni bancarie che originano il veicolo⁶.

A partire dal 1° gennaio 2019, le operazioni di natura strutturata, quali le cartolarizzazioni, sono assoggettate, ad una cornice unica, applicabile a tutti i Paesi della area economica comune. Ciò, per effetto della emanazione di un nuovo testo legislativo, il regolamento 2017/2402 (di seguito "regolamento UE")⁷, preceduto dalla relativa proposta della Commissione UE del settembre 2015 (di seguito "proposta di regolamento UE")⁸. Non solo: la nuova disciplina interviene in modo radicale al fine di coniare una definizione di operazione "tipica" di cartolarizzazione che

³ T. ADRIAN, A.B. ASHCRAFT, *Shadow Banking Regulation*, Federal Reserve Bank of New York Staff Report, n. 559, 2012, in www.newyorkfed.org. Per analisi di fondo dello *shadow banking*, si veda Z. POZSAR, T. ADRIAN, A. ASHCRAFT, H. BOESKY, *Shadow Banking*, Federal Reserve Bank of New York Staff Report, n. 458, 2010, *ivi*; S. CLAESSENS, Z. POZSAR, L. RATNOSKI, M. SINGH, *Shadow Banking: Economics and Policy*, IMF Staff Discussion Note, 2012, in risk.econ.queensu.ca.

⁴ A tal proposito, è enfatizzato in dottrina – si veda per tutti E. AVGOULEAS, *Regulating Financial Innovation*, in N. MOLONEY, E. FERRAN, J. PAYNE (eds.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford, 2015, p. 666 – che le "banche ombra" non sono assoggettate "alla rete spessa delle regole prudenziali che disciplinano le operazioni delle banche, le quali godono di un supporto pubblico" (traduzione nostra). In lingua inglese, per approfondimenti monografici sullo *shadow banking* v. V. LEMMA, *The Shadow Banking System*, Londra, 2016. Circa l'interazione fra *securitization* e *shadow banking* v. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Securitisations*, in I.H.-Y. CHIU, I. MACNEIL (eds.), *Research Handbook on Shadow Banking. Legal and Regulatory Aspects*, Cheltenham, 2018, p. 117 ss.

⁵ J. GALLIN, *Shadow Banking and the Funding of the Nonfinancial Sector*, Federal Reserve Board, Washington DC, Finance and Economics Discussion Series, Divisions of Research & Statistics and Monetary Affairs, 2013.

⁶ Si veda anche T. ADRIAN, A.B. ASHCRAFT, *op. cit.*, p. 3.

⁷ Regolamento (UE) 2017/2402 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, che stabilisce un quadro generale per la cartolarizzazione, instaura un quadro specifico per cartolarizzazioni semplici, trasparenti e standardizzate e modifica le direttive 2009/65/CE, 2009/138/CE e 2011/61/UE e i regolamenti (CE) n. 1060/2009 e (UE) n. 648/2012 (in seguito, "regolamento UE"). Ai sensi dell'art. 48 del regolamento UE in parola, l'entrata in vigore è prevista il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella GUUE (dunque il 17 gennaio 2018), mentre il par. 2 del medesimo articolo prescrive che la decorrenza sarebbe intervenuta a partire dal 1° gennaio 2019.

⁸ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme comuni sulla cartolarizzazione, instaura un quadro europeo per cartolarizzazioni semplici, trasparenti e standardizzate e modifica le direttive 2009/65/CE, 2009/138/CE e 2011/61/UE e i regolamenti (CE) n. 1060/2009 e (UE) n. 648/2012, COM(2015)472 fin., 30 settembre 2015 (in seguito, "proposta di regolamento UE").

si configura come tale ove ricorrano specifici parametri di trasparenza, semplicità e standardizzazione. Il legislatore UE promuove, quindi, una specie di marchio di origine controllata delle operazioni di cartolarizzazione, a voler stabilire una linea di demarcazione ideale (anche a fini regolamentari) fra cartolarizzazioni buone e cartolarizzazioni cattive. Tale marchio “DOC” diventa strategico, peraltro, anche al fine di consentire agli enti istituzionali, *in primis* alle banche, ma anche alle assicurazioni, di meglio apprezzare i titoli in cui poter investire.

In aggiunta a ciò, ad evitare i rischi che condussero alla crisi finanziaria del 2007/2008, la legislazione prevede un obbligo di “dovuta diligenza” (*due diligence*) per cui il soggetto istituzionale, prima ancora di effettuare l’investimento in titoli cartolarizzati, deve essere in possesso di una valutazione attenta dell’investimento, anche da un punto di vista legale. Un ulteriore obbligo è quello relativo al c.d. requisito di detenzione o mantenimento del rischio (*retention requirement*), imposto esplicitamente dalla nuova disciplina con riferimento ai titoli emessi dal veicolo. L’ambizione ultima del presente lavoro è di dimostrare che, per effetto del radicale (o finanche troppo invasivo) intervento del legislatore UE, l’espressione “attività bancaria opaca”⁹, se vista nella sua accezione principale, non ha più ragion d’essere, quanto meno da una prospettiva europea, proprio per effetto dell’articolato in commento¹⁰.

Infine, l’unica area che viene lasciata al di fuori del perimetro del regolamento UE è quella delle società di valutazione del merito di credito, attività che pure si riconnette chiaramente alle operazioni di finanza strutturata. È da ritenere al riguardo che, poiché la disciplina relativa a dette società ha subito negli ultimi anni corposi interventi legislativi, la scelta del legislatore UE è stata, ragionevolmente, quella di mantenerle assoggettate alla disciplina della propria *sedes materiae*¹¹.

2. Le cartolarizzazioni sono operazioni che, da un punto di vista civilistico, si caratterizzano per la cessione di attività da un soggetto cedente (*originator*), solitamente ma non necessariamente una banca, ad un altro soggetto (il veicolo, SPV); quest’ultimo paga i crediti che gli sono stati ceduti (*receivables*) non con proprio denaro, ma con quello che raccoglie, collocando nel mercato i titoli cartolarizzati

S. GRAZIADEI, *Il “nuovo” Quadro normativo europeo sulle cartolarizzazioni del Regolamento (UE) 2017/2402*, in *Diritto bancario*, 10 aprile 2018, reperibile online.

⁹ P.A. McCULLEY, *The Shadow Banking System and Hyman Minsky’s Economic Journey*, PIMCO, Global Central Bank Focus, 2009, in www.pimco.com, afferma che, a differenza delle tradizionali banche regolamentate, “le banche ombra non regolamentate si finanziano attraverso forme di raccolta non assicurate, le quali possono o non possono essere protette da linee di liquidità che provengano da banche reali” (traduzione nostra). Per una disamina dell’unione bancaria europea, cfr. N. RUCCIA, *Caratteri, limiti e prospettive dell’Unione bancaria*, Bari, 2018.

¹⁰ P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 117 ss.

¹¹ Pertanto, l’analisi è lasciata al di fuori della discussione di cui al presente contributo. In tema di *credit rating agencies*, in lingua inglese, si rimanda a J. DE HAAN, F. AMTENBRINK, *Taming the Beast? New European Regulation for Credit Rating Agencies*, in *Journal for Comparative Government and European Policy*, 2012, p. 433 ss.; J. DE BRUYNE, *Liability of Credit Rating Agencies: Regulatory Changes and Tendencies in Case Law Following the Financial Crisis*, in *International Company and Commercial Law Review*, 2016, p. 87 ss. Per un rapido quadro della dottrina italiana in tema di società di valutazione del credito, si veda: L. DI DONNA, *La Responsabilità Civile delle Agenzie di Rating. Mercato Finanziario, Allocazione dei Rischi e Tutela dell’Investitore*, Padova 2012; A. TROISI, *Le Agenzie di Rating*, Padova, 2013.

(*securities*) che emette. Per altro verso, i sottoscrittori dei titoli rivvenienti dalla cartolarizzazione non investono secondo i criteri tradizionali che orientano il depositante o l'investitore in titoli che non siano cartolarizzati; criteri che, ai fini del rimborso, si basano sostanzialmente sulla valutazione della solvibilità della controparte (banca o impresa emittente). I sottoscrittori in parola effettuano invece una doppia valutazione: (i) quella sui crediti ceduti, in quanto sono questi, e non il patrimonio del veicolo, ad assicurare agli investitori che i loro crediti saranno onorati; (ii) quella sul complesso dei rapporti contrattuali, posti a presidio dell'operazione di cartolarizzazione. Fa da corredo all'insieme di relazioni e valutazioni di cui sopra, un artificio di tipo contrattuale. Poiché i crediti sono ceduti ad un veicolo che non è ad attività multipla (*multi-purpose*) (quale per definizione sarebbe una società con oggetto sociale ampio), ma a scopo definito (*special-purpose*; gli unici creditori sono gli investitori e dunque il rischio per gli investitori di subire il concorso di altri creditori risulta molto limitato), i titoli emessi dovrebbero risultare molto appetibili in quanto gli investitori devono porre attenzione soprattutto alla valutazione (*rating*) dei crediti, peraltro certificata da una apposita agenzia.

Le cartolarizzazioni, criticate subito dopo la crisi finanziaria del 2007-2008 e da taluni definite finanche illegali ove poste in essere da una banca originatrice¹², passano ora illesse al giudizio del solitamente severo legislatore dell'UE¹³. Il 4° 'considerando' del regolamento UE ne enfatizza i positivi effetti, ponendo in evidenza che: "La cartolarizzazione è un elemento importante ai fini del buon funzionamento dei mercati finanziari. Se strutturata in modo solido, (...) costituisce un importante canale di diversificazione delle fonti di finanziamento e di ripartizione più ampia del rischio all'interno del sistema finanziario dell'Unione. Consente di distribuire in modo più diffuso i rischi nel settore finanziario e può dare ai bilanci dei cedenti quel maggiore ossigeno necessario per aumentare l'erogazione di prestiti all'economia. Nel complesso può migliorare l'efficienza del sistema finanziario e aprire possibilità d'investimento supplementari"; in pratica, attivi illiquidi vengono trasformati in titoli prontamente negoziabili¹⁴.

Prima della emanazione del regolamento UE in commento, si enfatizzava che la cartolarizzazione assolve anche ad una funzione di allargamento delle modalità di raccolta offerte ad una banca¹⁵: i titoli emessi dal veicolo sono collocabili in mercati regolamentati – per definizione mercati aperti – e la banca che cartolarizza, anche la più "locale", ha la possibilità di aprirsi ad un mercato globale. Tali aspetti operativi sono ben evidenziati nella seconda parte del 4° 'considerando' del regolamento UE: "La cartolarizzazione può gettare un ponte tra gli enti creditizi e i mercati dei capi-

¹² Per una panoramica della – invero limitata – dottrina su tale posizione ortodossa, si veda P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 117 ss.

¹³ È autorevolmente enfatizzato (I. VISCO, *Anni difficili. Dalla crisi finanziaria alle nuove sfide per l'economia*, Bologna, p. 89 ss.) che la crisi finanziaria globale culminò nel fallimento delle banche di investimento, particolarmente *Lehman Brothers*. Le origini di tale collasso, con ripercussioni nel mercato globale, sono tuttavia ascrivibili allo "scoppio della bolla immobiliare negli Stati Uniti, alimentata da politiche imprudenti nella concessione del credito". L'amplificazione della stessa poi fu dovuta al fatto che, anche al di qua dell'Oceano, vi fu la diffusione di "prodotti di finanza strutturata basati sulla cartolarizzazione dei mutui ipotecari e di altri crediti, la cui rischiosità era stata generalmente sottovalutata".

¹⁴ B. CASU, A. SARKISYAN, *Securitization*, in A. BERGER, P. MOLINEUX, J. WILSON (eds.), *Oxford Handbook of Banking*, Oxford, 2015, p. 354.

¹⁵ P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 117 ss.

tali apportando benefici indiretti alle imprese e ai cittadini (attraverso, ad esempio, una minore onerosità di prestiti e finanziamenti alle imprese, crediti per beni immobili e carte di credito). Il presente regolamento riconosce, tuttavia, i rischi di una maggiore interconnessione e di leva finanziaria eccessiva che la cartolarizzazione comporta e, pertanto, incoraggia le autorità competenti a procedere a una vigilanza micro-prudenziale della partecipazione di un ente finanziario al mercato delle cartolarizzazioni nonché il Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS), istituito dal regolamento (UE) n. 1092/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, le autorità nazionali competenti e le autorità nazionali designate in materia di strumenti macro-prudenziali a procedere a una vigilanza macro-prudenziale di tale mercato”.

Più in generale, si può affermare che le cartolarizzazioni rappresentano “un importante elemento di buon funzionamento dei mercati dei capitali”¹⁶: permettono una diversificazione della raccolta e del rischio di settore; consentono, nel contempo, di liberare quote di patrimonio di vigilanza degli enti creditizi e, di riflesso, di accrescere il volume di crediti concessi. Nei limiti di tale *caveat* concettuale, una regolamentazione virtuosa di questo settore dovrebbe essere finalizzata a rendere il mercato più sicuro e più semplice, evitando di “ingessarlo”.

Nella letteratura internazionale, in cui la tematica della cartolarizzazione è stata esaminata attraverso la lente dell’attività bancaria opaca¹⁷, particolare enfasi è stata posta sul fatto che la regolamentazione di questo settore dovrebbe essere finalizzata a massimizzare le efficienze e minimizzare il rischio, quest’ultimo per definizione insito nell’attività bancaria opaca; è comunque evidente che una limitazione del settore bancario opaco non è di per sé realistica. La dottrina¹⁸ identifica due tipologie di regolamentazione: quella che promuove la resilienza, “generalmente forzando gli investitori o istituzioni a detenere certi fondi in riserva a fronte di un mercato esplosivo”¹⁹ (è la normativa prudenziale, il cui scopo è quello di definire le tematiche di gestione del rischio, in connessione con le cartolarizzazioni); quella che mira al “salvataggio” degli investitori (una sorta di *bail-out*), e dunque a “salvare gli investitori che hanno sofferto perdite nello scoppio della bolla”²⁰. Questa seconda tipologia di legislazione è finalizzata a proteggere l’investitore.

Le cartolarizzazioni rappresentano probabilmente l’area più delicata da sottoporre a regolamentazione la quale non deve risultare sbilanciata²¹ ovvero influenzata da pesanti situazioni di crisi pregresse. L’UE ha avvertito e quindi recepito questa

¹⁶ Si veda la proposta di regolamento UE, p. 1.

¹⁷ S.L. SCHWARCZ, *Regulating Shadow Banking*, cit., p. 631 ss. Quanto alla regolamentazione e ai suoi fini, si veda E. AVGOULEAS, *Governance of Global Financial Markets. The Law, the Economics, the Politics*, Cambridge, 2012.

¹⁸ E.F. GERDING, *Laws Against Bubbles: An Experimental-Asset-Market Approach to Analyzing Financial Regulation*, in *Wisconsin Law Review*, 2007, p. 977.

¹⁹ *Ivi*, p. 1038 (traduzione nostra). Il testo di origine recita: “resiliency generally by forcing investors or institutions to hold certain funds in reserve out of a booming market”.

²⁰ *Ibidem* (traduzione nostra).

²¹ L. ENRIQUES, *Regulators’ Response to the Current Crisis and the Upcoming Regulation of Financial Markets: One Reluctant Regulator’s View*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2009, p. 1147. Si veda anche E.F. GERDING, *Law, Bubbles, and Financial Regulation*, Londra, 2013, p. 2, il quale osserva che nel passato, dopo ogni crisi finanziaria, “i legislatori hanno risposto con un contro-attacco di natura regolamentare, lanciando una pletora di nuove disposizioni legali”. Inevitabilmente, ha osservato, “molte di queste leggi alla fine sono scomparse o sono fallite al primo emergere di un nuova bolla” (traduzioni nostre).

esigenza con l’emanazione di un organico e sistematico reticolato normativo di cui al regolamento UE sulle cartolarizzazioni, finalizzato tra l’altro a creare le così dette “cartolarizzazioni STS” (*STS securitizations*). Nello specifico, le finalità della regolamentazione, come da iniziale intenzione manifestata nella proposta di regolamento UE, sono molteplici e possono così sintetizzarsi: riavviare i mercati su base più sostenibile, in modo che cartolarizzazioni semplici, trasparenti e standardizzate possano agire come un effettivo canale di raccolta per l’economia; favorire un più efficiente ed effettivo trasferimento del rischio ad una vasta gamma di investitori istituzionali, tra cui le banche; attivare un efficiente meccanismo di raccolta, per operatori che investono nel lungo termine, comprese le banche; proteggere gli investitori e gestire il rischio sistemico per evitare il ricorrere di un modello erroneo di mera originazione e distribuzione²².

3. L’art. 2 del regolamento UE, rubricato “definizioni”, contiene una perimetrazione legislativa di cartolarizzazione: “l’operazione o lo schema in cui il rischio di credito associato ad un’esposizione o a un portafoglio di esposizioni è diviso in segmenti, che hanno tutte le seguenti caratteristiche: a) i pagamenti effettuati nell’ambito dell’operazione o dello schema dipendono dalla performance dell’esposizione o del portafoglio di esposizioni; b) la subordinazione dei segmenti determina la distribuzione delle perdite nel corso della durata dell’operazione o dello schema; c) l’operazione o lo schema non crea esposizioni che possiedono tutte le caratteristiche elencate all’articolo 147, paragrafo 8, del regolamento (UE) n. 575/2013”.

Si può affermare, quindi, che il regolamento UE esclude dal suo ambito di applicazione le operazioni di cartolarizzazione mono-*tranche*, che dunque prevedono l’emissione di una unica classe di titoli ABS²³. Quand’anche vi fossero più classi di titoli ABS, la legislazione non si applicherà nondimeno ove non vi sia diversificazione del rischio²⁴. In altre parole, *condicio sine qua non* per l’applicazione della nuova disciplina è che vi sia una segmentazione del rischio associato all’esposizione cartolarizzata²⁵, con l’emissione di almeno due *tranches* (anche se solitamente ne sono tre): la *senior*²⁶ e la *junior*²⁷. Il punto 9 dell’art. 2 del regolamento UE stabilisce poi la linea di demarcazione fra cartolarizzazione “tradizionale”²⁸ e “sintetica”²⁹.

²² Il c.d. “originate to distribute” model. Si veda la proposta di regolamento UE, p. 3.

²³ È inutile ricordare che *Asset-Backed Securities* è l’acronimo che indica giust’appunto il fatto che i titoli emessi dal veicolo si basano non tanto sulla garanzia del capitale delle società, ma sugli attivi che la stessa ha comprato dall’*originator*.

²⁴ S. GRAZIADEI, *op. cit.*

²⁵ Ivi.

²⁶ La prima meno rischiosa in quanto il pagamento è antergato alla/alle classe/classi successive. Ciò comporta un interesse più basso.

²⁷ Il pagamento di questa è postergato alla *senior* ovvero, in presenza di una classe intermedia (*mezzanine*), è postergato a tutte le altre. Gli interessi promessi agli investitori di questa classe *junior* saranno di conseguenza più alti.

²⁸ Dunque “una cartolarizzazione che comporta il trasferimento dell’interesse economico nelle esposizioni cartolarizzate tramite il trasferimento della proprietà di tali esposizioni dal cedente a una SSPE ovvero tramite una sub-partecipazione da parte di una SSPE, laddove i titoli emessi non rappresentino obbligazioni di pagamento del cedente”.

²⁹ Pertanto, “una cartolarizzazione nella quale il trasferimento del rischio è realizzato mediante l’utilizzo di derivati su crediti o di garanzie personali e le esposizioni oggetto della cartolarizzazione restano esposizioni del cedente”.

La nomenclatura del regolamento UE va ben oltre tale limitato orizzonte definitorio ed invero si orienta verso una concettualizzazione di tutti i soggetti tipici della cartolarizzazione. In particolare, l'SPV, che per anni era l'acronimo di una espressione inglese, nel furore definitorio, peraltro giustificato, del legislatore UE, nella versione italiana diventa "società veicolo per la cartolarizzazione" o "SSPE". Nella definizione di cui si parla si comprendono "una società, un trust o un altro soggetto, diversi dal cedente o promotore, costituiti allo scopo di effettuare una o più cartolarizzazioni, le cui attività sono finalizzate esclusivamente alla realizzazione di tale obiettivo e la cui struttura è volta a isolare le obbligazioni della SSPE da quelle del cedente". La definizione si presta a qualche riflessione, anche di tipo critico, laddove evidenzia gli aspetti funzionali del veicolo e dunque le sue attività che devono essere svolte esclusivamente per "la realizzazione di tale obiettivo", *ergo* per la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione. Questa definizione si contrappone a quella della dottrina gius-societaria, che ha tradizionalmente messo in luce che peculiarità del veicolo è quella di avere un unico oggetto, a differenza del modello societario classico, a pluralità di oggetti, e dunque con una pluralità di creditori³⁰, come già in precedenza evidenziato anche per gli aspetti di valutazione dei connessi rischi.

Senza entrare nel merito circa la puntualità delle definizioni del regolamento UE, resta da precisare che esse offrono un interessante panorama di termini i quali, solitamente utilizzati nella loro versione inglese, altrimenti non avrebbero avuto, in assenza di una legge redatta nelle diverse lingue UE, alcun corrispondente. A banalizzare, si può ritenere che il regolamento UE, verosimilmente congegnato ed emanato da Bruxelles, funge da sorta di Accademia della Crusca, in un ordinamento quale quello italiano, ormai proclive ad una colonizzazione, culturale ma anche giuridica, di modelli anglo-americani. È il caso del prestatore di servizi³¹, il soggetto che, per conto del cedente, "gestisce un aggregato di crediti acquistati o l'esposizione creditizia sottostante su base giornaliera", definito, nella versione italiana, gestore (art. 2.12). È anche l'ulteriore caso della "linea di liquidità"³², riferita alla "posizione verso la cartolarizzazione derivante da un accordo contrattuale per l'erogazione di fondi volti a garantire il rispetto delle scadenze nel pagamento dei flussi di cassa destinati agli investitori" (art. 2.15). Tuttavia, la definizione più innovativa è quella dell'*originator*, definito "cedente"³³ in quanto soggetto che "in prima persona o per il tramite di soggetti connessi, direttamente o indirettamente, ha partecipato al contratto originario che ha costituito le obbligazioni o le potenziali obbligazioni del debitore o del potenziale debitore che originano le esposizioni cartolarizzate", ovvero soggetto che "acquista le esposizioni di un terzo per proprio conto e successivamente le cartolarizza".

È difficile dire se gli operatori recepiranno questo linguaggio nei testi contrattuali che nella pratica verranno redatti. Nel caso del cedente la definizione sembra essere senz'altro pertinente, in quanto quella differente (teoricamente di venditore),

³⁰ È anche enfatizzato correttamente che il veicolo non ha nemmeno una vera e propria struttura, come ad esempio dipendenti. R. CRANSTON, E. AVGOULEAS, K. VAN ZWITEN, C. HARE, T. VAN SANTE, *Principles of Banking Law*, Oxford, 2018, p. 491.

³¹ *Servicer* o *service provider*.

³² *Liquidity line*.

³³ Ovvero, nella versione inglese del regolamento UE, *cedent*.

non avrebbe sufficientemente messo in luce che nel fenomeno della cartolarizzazione l'originatore è un soggetto non necessariamente dante causa della titolarità dei crediti, ma semplicemente uno che trasferisce, dunque cede, il rischio, come si verifica per l'appunto per le operazioni di cartolarizzazioni sintetiche.

È interessante anche sottolineare che il regolamento UE contiene anche una definizione di promotore, molto originale in quanto distonica dalla prassi degli affari. Promotore è la banca di affari (*arranger*) che riceve, quale mandatario, l'incarico da parte del cedente di organizzare l'operazione di cartolarizzazione e più in particolare, ai sensi del punto 5 dell'art. 2, "un ente creditizio, ubicato nell'Unione o meno"³⁴, ovvero "un'impresa di investimento"³⁵, diversa dal cedente, che: a) istituisce e gestisce un programma di emissione di commercial paper garantiti da attività o altra cartolarizzazione nell'ambito della quale acquista esposizioni da terzi; o b) istituisce un programma di emissione di commercial paper garantiti da attività o altra cartolarizzazione nell'ambito della quale acquista esposizioni da terzi e delega la gestione attiva quotidiana del portafoglio relativa a detta cartolarizzazione a un soggetto autorizzato a eseguire tale attività ai sensi della direttiva 2009/65/CE, della direttiva 2011/61/UE o della direttiva 2014/65/UE. È alquanto strano che il regolamento UE, così rigido nel definire i parametri della cartolarizzazione "DOC" diventi così cedevole nella scelta della banca d'affari. Il fatto che l'ente creditizio possa essere tanto con passaporto UE quanto dotato di qualunque altro passaporto extra UE sembra una scelta, di per sé non stigmatizzabile, ma forse distonica rispetto al regime così rigoroso che altrimenti trasuda dalla lettura della disciplina complessiva ed al quale il reticolato regolamentare si ispira.

4. L'aspetto più saliente della nuova disciplina è contenuto nel capo 4 del regolamento UE e riguarda la cartolarizzazione semplice, trasparente e standardizzata, con cui, come è stato accennato ad inizio della presente disamina, si è voluto introdurre una sorta di marchio "DOC" a livello UE con riguardo alle operazioni di finanza strutturata. Non è un caso che l'art. 18 prescrive che al cedente, promotore e veicolo, è consentito l'uso della denominazione "cartolarizzazione semplice, trasparente e standardizzata" solo nel caso in cui essa: soddisfi appieno i requisiti della sezione 1 o della sezione 2 del capo in cui è inserito l'articolo; sia notificata all'ESMA³⁶; figuri in uno specifico elenco³⁷.

³⁴ Dunque, l'ente creditizio dovrà rientrare nel perimetro di cui all'art. 4, par. 1, punto 1, del regolamento (UE) n. 575/2013, la CRR.

³⁵ Pertanto, l'impresa in parola rientrerà nel novero di cui all'art. 4, par. 1, punto 1, della direttiva 2014/65/UE.

³⁶ La comunicazione all'ESMA è ai sensi dell'art. 27, par. 1, del medesimo regolamento UE.

³⁷ Si tratta dell'elenco di cui all'art. 27, par. 5. L'elenco delle operazioni semplici, trasparenti e standardizzate tenuto dall'ESMA. L'Autorità parigina pubblicherà sul proprio sito, ai sensi di tale norma, "un elenco di tutte la cartolarizzazioni che il cedente e il promotore le hanno notificato". La notifica all'ESMA viene fatta, ai sensi del par. 1 del medesimo art. 27 ed è a carico, congiuntamente, del cedente e del promotore. La notifica sarà a carico del solo promotore, se la cartolarizzazione è un programma di *commercial papers* garantiti da attività (cfr. art. 2, n. 7, regolamento UE). L'ESMA, quale "depositaria" (*repository*), il 12 novembre 2018 ha già provveduto ad emanare le proprie istruzioni: *Final Report. Securitization Regulation technical standards on securitization repository application requirements, operational standards, and access conditions*, ESAM33-128-488; *ESMA's technical advice to the Commission on fees for securitisation repositories under the Securitisation Regulation*, ESMA33-128-505.

Nei casi in esame, i veicoli potranno utilizzare la qualifica “STS” o “semplice, trasparente e standardizzata”, o altra qualifica la quale “rimandi direttamente o indirettamente a tali termini per la cartolarizzazione”. La cartolarizzazione che non sia ABCP (Asset backed commercial paper) sarà semplice, trasparente e standardizzata se, ai sensi dell’art. 19, sono soddisfatti i requisiti stabiliti dagli articoli 20, 21 e 22 del regolamento in esame.

5. Il parametro della semplicità è esplicitato all’art. 20. Il veicolo “acquisisce il titolo relativo alle esposizioni sottostanti tramite vendita o cessione effettiva o trasferimento avente gli stessi effetti giuridici in una maniera opponibile al venditore o a qualsiasi terzo”. È questo il requisito di “vendita reale e definitiva” (*true sale*) che, fino ad ora, è sempre stato dato per scontato in ogni operazione di cartolarizzazione. La vendita reale e definitiva è la certificazione, solitamente fornita dai legali che assistono il cedente, che attesta la genuità della vendita e che non vi sono circostanze alcune che possano costringere il cedente a riacquistare i titoli ceduti³⁸. Se ciò non si verifica, ai sensi delle leggi esistenti in diverse giurisdizioni, incluse quelle degli USA³⁹, l’ammontare pagabile dal veicolo al cedente potrebbe essere riqualficato quale prestito garantito dagli attivi. In talune giurisdizioni, è vietato⁴⁰ il trasferimento fiduciario che non è il risultato di una vendita genuina ma semplicemente effettuato a scopo di garanzia. In breve, la vendita vera e, dunque, la separatezza del veicolo dovrebbe prevenire l’organo giudiziario – che si dovesse eventualmente occupare del fallimento del veicolo – “dal perforare il velo societario e dal riqualficare gli attivi trasferiti al veicolo quale trasferimento fraudolento”⁴¹. La vendita vera consente al cedente di “disconoscere” gli attivi⁴².

Le stesse norme di natura revocatoria – che erano potenzialmente applicabili al trasferimento e che rappresentano la spada di Damocle che pende sulla testa del cedente, particolarmente nelle giurisdizioni di diritto civile – dovrebbero essere potenzialmente limitate nella loro applicazione. Il 22° ‘considerando’ del regolamento UE sembra raccomandare che le regole di revocatoria⁴³ possano essere più

³⁸ L’analisi di tale parte è estranea al presente lavoro. Tuttavia, ci si limita ad osservare che chi scrive, nel commentare a livello internazionale la proposta di regolamento UE, aveva evidenziato che le regole sulla revocatoria annunciate nella proposta lasciavano presagire (e forse era finanche auspicabile) che le disposizioni legislative sul tema dovessero divenire più “ragionevoli” quanto alle cartolarizzazioni STS (P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 134). Questa circostanza sembra non essersi compiutamente avverata. È stato osservato in dottrina (M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financia Law*, Londra, 2015, p. 236) che altre strutture sono anche usate, quali quelle nelle quali il veicolo è un *trust*.

³⁹ H.S. SCOTT, *International Finance. Transaction, Policy, and Regulation*, New York, 2010, XVII ed., p. 634, il quale osserva che le corti USA e la stessa Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) “esamineranno di solito il trasferimento, la sua documentazione, la contabilità, la tempistica, ed il prezzo al fine di determinare se una vendita genuina è intervenuta” (nostra traduzione).

⁴⁰ Secondo M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 233, l’art. 3:84, par. 3 del c.c. olandese ha una simile previsione. Gli A. fanno riferimento alle specifiche circostanze al ricorrere delle quali, in relazione alla legge applicabile, una Corte può determinare se una operazione di cartolarizzazione si può qualificare quale prestito a titolo di garanzia.

⁴¹ H.S. SCOTT, *op. cit.*, p. 634.

⁴² È il concetto di “*derecognition*”. La terminologia è ascrivibile a S. GLEESON, *International Regulation of Banking*, Oxford, 2012, II ed., p. 286.

⁴³ Le *clawback rules*. Sul concetto di *bankruptcy remoteness* del veicolo, si veda K. AYOTTE, S. GAON, *Asset-Backed Securities: Costs and Benefits of “Bankruptcy Remoteness”*, in *Review of*

ragionevoli con riguardo alle cartolarizzazioni “DOC” o “STS”. Pertanto, sulla scorta della nuova previsione legislativa, al veicolo non dovrebbe essere consentita l’invalidazione dell’acquisto solo nei casi in cui fosse provato che conosceva l’insolvenza dell’originatore al tempo del trasferimento.

È ben noto che, allo stato attuale, se si verifica una ri-caratterizzazione, i risultati per le parti coinvolte possono essere disastrosi⁴⁴, e la stessa cartolarizzazione sarà ben lungi dall’essere un successo anche di natura commerciale⁴⁵. Il trattamento fuori bilancio, da parte dell’originatore, dei crediti ceduti verrà annullato⁴⁶. In definitiva, la ri-caratterizzazione è uno strumento interpretativo lasciato alla discrezione del potere giudiziario della giurisdizione dell’originatore, o del veicolo, in dipendenza della legge sulla proprietà applicabile. Attualmente, in assenza di norme legislative, le conseguenze indesiderate di una ri-caratterizzazione sono contrattualmente evitate se le parti coinvolte nel processo di cartolarizzazione possono contare su di un parere legale (*legal opinion*). Concettualmente, quest’ultimo, specie se rilasciato alla data di sottoscrizione dell’operazione (*closing legal opinion*), contiene l’esame dell’operazione e della pertinente documentazione contrattuale, effettuato da un legale qualificato nella giurisdizione o nelle giurisdizioni ove l’operazione si svolge o dove si prevede che la stessa produca le sue conseguenze; è focalizzato su una “serie molto specifica di circostanze (e documenti)”⁴⁷. Viene affermato che il parere legale tende ad essere basato “su assunti e *caveat* redatti in modo preciso, molti dei quali hanno natura più propriamente tecnica”⁴⁸. In breve, si tratta di una mera valutazione di tipo legale, la cui redazione e, soprattutto, presentazione è “quasi inderogabilmente condizione sospensiva per la concessione dei finanziamenti o per la emissione dei titoli”⁴⁹. Il parere sarà rilasciato da un legale nominato dalla banca o consorzio di banche che agiscono come organizzatori (*arrangers* o promotori); con il parere legale questi assicurano che sono escluse dall’operazione le specifiche questioni a essa sottese, principalmente la “ri-caratterizzazione” quale operazione diversa dalla vendita.

Fino ad ora il parere legale creava un affidamento esclusivamente presso le persone o gli enti cui era diretto, usualmente la banca organizzatrice dell’operazione. Questa riceveva assicurazioni che i titoli cartolarizzati e l’entità che li emetteva, cioè il veicolo, fossero avversi alla dichiarazione di insolvenza. Nonostante ciò, i beneficiari veri, gli investitori, non potevano contare sulla dichiarazione stessa per il fatto che i legali includevano solitamente un *caveat (disclaimer)* precisando che il parere legale “è dato soltanto alle persone alle quali lo stesso è indirizzato e nessun’altra persona può farvi affidamento. Lo stesso non può essere divulgato a

Financial Studies, 2011, p. 1299 ss.

⁴⁴ P.R. WOOD, *Law and Practice of International Finance*, Londra, 2008, p. 468 ss.

⁴⁵ H.S. SCOTT, *op. cit.*, p. 630. Si fa notare che “i creditori di un venditore-originatore fallito potrebbero avere un diritto nei confronti degli attivi che sono supposti essere fuori bilancio dell’originatore e che [invece] dovrebbero garantire il fondo nella SPV” (traduzione nostra).

⁴⁶ Per maggiori dettagli, si veda M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 233 ss.

⁴⁷ R. MCCORMICK, *Legal Risk in the Financial Markets*, Oxford, 2010, II ed., p. 419 (traduzione nostra).

⁴⁸ *Ibidem* (traduzione nostra).

⁴⁹ Mercè traduzione nostra, questo è il pensiero di P.R. WOOD, *International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions. The Law and Practice of International Finance Series*, III, London, 2007, p. 413.

parti terze senza preventivo consenso scritto”⁵⁰. Alla luce di ciò, nelle giurisdizioni di *common law* sarebbe molto improbabile per un investitore agire contro un legale sulla base di un parere legale erroneo⁵¹. Nella giurisdizione anglo-gallese, di diritto comune, il precedente *Hedley Byrne & Co. Ltd v Heller & Partners Ltd*⁵² rimane tuttora l’ostacolo insormontabile, sebbene futuri sviluppi della regolamentazione europea – nell’area dei mercati dei capitali e della finanza strutturata – potrebbero veder affermata l’esplicita responsabilità contrattuale dei consulenti legali coinvolti nelle operazioni di finanza strutturata. Questo regime di responsabilità, già adombrato in altre materie (quali ad esempio la regolamentazione delle agenzie di valutazione del credito), potrebbe divenire una possibile frontiera della legislazione europea e potrebbe materializzarsi in una responsabilità oggettiva dei legali che rilascino un parere legale, *vis-a-vis* gli investitori. Allo stato attuale ciò è meramente utopistico⁵³.

Più in generale, il disconoscimento (*de-recognition*) dei crediti ceduti da parte dell’originatore non è consentito se può essere presunto che l’originatore medesimo continua a mantenere l’effettivo controllo sulla esposizione di rischio di credito trasferito. Ciò si verifica se il cedente è in condizioni di riacquistare dal cessionario le esposizioni precedentemente trasferite al fine di realizzare i relativi benefici, ovvero se il cedente è obbligato a detenere il rischio delle esposizioni trasferite⁵⁴. Al contrario, la nomina dell’originatore quale prestatore del servizio di gestione non è di per sé presunzione di controllo sulle esposizioni trasferite⁵⁵. È chiaro che l’originatore non deve avere alcuna responsabilità rimanente per gli attivi che sono trasferiti al veicolo. Questo comporta che: (i) esso non può avere alcuna obbligazione al riacquisto dei crediti in caso di perdite, né può garantire capitale e interessi sui crediti a favore degli investitori nei titoli emessi dal veicolo; (ii) il veicolo deve poter esercitare in via esclusiva il controllo sugli attivi negli aspetti evolutivi ed andamentali e ogni tipologia di azione che un normale titolare sarebbe autorizzato a svolgere; il che vuol dire in pratica che il veicolo dovrebbe avere pieno potere domenicale, incluso l’esercizio a vendere, pignorare o gestire gli attivi di sua proprietà; (iii) gli attivi devono essere isolati dall’originatore in caso di insolvenza di questi, in quanto ciò assicura che il veicolo sia immunizzato contro l’insolvenza, anche in via indiretta (*bankruptcy remote*). Solitamente, al fine di realizzare questo obiettivo, accordi di natura contrattuale e il rafforzamento di credito e di liquidità (*credit and liquidity enhancement*) da parte di terzi soggetti, saranno richiesti⁵⁶.

⁵⁰ Seppur nella nostra traduzione, questo è il tenore suggerito da un A. (P.R. WOOD, *International Loans*, cit., p. 423). Nella *common law* inglese questa responsabilità limitata al beneficiario è confermata dal caso *Allied Finance & Investments Ltd v Haddow & Co*, 1983, NZLR 22 CA.

⁵¹ P.R. WOOD, *International Loans*, cit., p. 424.

⁵² *Byrne & Co. Ltd v Heller & Partners Ltd*, 1964, AC 465. In tema v. P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 117 ss.

⁵³ Peraltro, ciò premesso, è utile indagare *de iure* se ora, quale effetto del nuovo regolamento UE in commento, ove l’opinione di “vendita genuina” è espressamente richiesta dalla legge, l’investitore goda di un’arma più persuasiva e, dunque, possa agire nei confronti dei legali direttamente, in caso di dichiarazioni incorrette. Ciò sembra adombrato da chi scrive (P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 133) in sede di commento alla proposta; la verità è che, a leggere il testo del regolamento UE, una tale previsione non si è materializzata affatto.

⁵⁴ S. GLEESON, *International Regulation of Banking*, Oxford, 2012, p. 286.

⁵⁵ *Ivi*, p. 287.

⁵⁶ H.S. SCOTT, *op. cit.*, p. 634.

Da ultimo si osserva che, come regola generale del diritto di proprietà, i diritti di garanzia costituiscono un accessorio e dunque seguono il credito che assicurano. Quindi, le garanzie dei crediti si trasferiscono, con i crediti medesimi, dall'originatore al veicolo⁵⁷; nelle cartolarizzazioni, i diritti di garanzia in questione sono ipoteche di natura bancaria, gravanti su proprietà immobiliari. Tuttavia, ai sensi del contratto applicabile, insieme ai mutui viene garantito ogni altro credito della banca *vis-à-vis* il debitore, tra cui, ad esempio, lo scoperto di conto corrente concesso per il pagamento delle rate⁵⁸. Più recentemente, taluni si chiedono se il mutuo concesso per l'acquisto della casa si trasferisca anche al veicolo, ove oggetto di cartolarizzazione⁵⁹. A seconda della legge applicabile, la risposta sarà che il mutuo viene diviso pro-rata, la qual cosa significa che la percentuale del mutuo che riguarda il prestito è trasferito al veicolo, mentre l'originatore trattiene il rimanente⁶⁰. Per contro, nelle giurisdizioni di *common law* il veicolo sarà il beneficiario dell'intero mutuo. Da ultimo, i crediti trasferiti possono incorporare diritti di garanzia (*security interests*, nella *common law* inglese) quali ipoteca e pegni. Poiché i crediti sono stati verosimilmente trasferiti al veicolo, i diritti di garanzia devono essere trasferiti al beneficiario della garanzia. Ciò potrebbe essere realizzato attraverso modalità differenti, a seconda delle giurisdizioni⁶¹.

Ai sensi dell'art. 20, par. 6, il cedente dovrà fornire “dichiarazioni e garanzie per attestare che, a sua conoscenza, le esposizioni sottostanti alla cartolarizzazione non sono vincolate né si trovano in altra situazione prevedibilmente in grado di compromettere l'opponibilità della vendita o cessione effettiva o del trasferimento avente gli stessi effetti giuridici”. Le esposizioni sottostanti trasferite o cedute dal venditore alla SSPE devono soddisfare criteri di ammissibilità prestabiliti, chiari e documentati che non consentono la gestione attiva del portafoglio di tali esposizioni su base discrezionale. Ai fini del presente paragrafo, non si considera gestione attiva del portafoglio la sostituzione delle esposizioni che violano le dichiarazioni e garanzie. Le esposizioni trasferite alla SSPE dopo la conclusione dell'operazione devono soddisfare i criteri di ammissibilità applicati alle esposizioni sottostanti iniziali.

Il par. 8 dell'articolo in commento prevede poi che ogni operazione di cartolarizzazione debba essere garantita “da un portafoglio di esposizioni sottostanti omogenee per tipologia di attività, tenuto conto delle specifiche caratteristiche in termini di flussi di cassa della tipologia di attività, fra cui le caratteristiche relative al contratto, al rischio di credito e ai rimborsi anticipati”. La previsione in oggetto mira a rendere l'analisi delle operazioni di cartolarizzazione meno ardua e complessa. La disomogeneità di dette operazioni aveva rappresentato un vero problema ai fini della loro regolamentazione, anzi nell'assenza di una perspicua disciplina che per ciò stesso favoriva l'insorgere di imprevedibili rischi, peraltro da neutralizzare nello scenario di crisi sopra delineato. Rafforza una tale considerazione il fatto che il medesimo paragrafo prescrive che il portafoglio di esposizioni sottostanti deve

⁵⁷ Per un'analisi di tipo comparato, si veda W. JOHNSTON, *Security over Receivables: An International Handbook*, Oxford, 2008.

⁵⁸ M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 229.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Questa è la soluzione adottata dal diritto inglese, come sottolineato da M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 234.

⁶¹ I Paesi Bassi rappresentano significativamente una di esse; cfr. M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 234; P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 136.

essere correlato con una sola tipologia di attività cedute. Ancora, le esposizioni sottostanti, *vis-à-vis* gli investitori, devono comportare obbligazioni vincolanti per contratto e opponibili con pieno diritto di rivalsa nei confronti dei debitori e, se del caso, dei garanti.

Le esposizioni sottostanti devono anche presentare flussi di pagamento periodici prestabiliti, le cui rate possono differire in termini di importo, per il pagamento di locazioni, capitale o interessi o per qualsiasi altro diritto di ottenere un reddito dalle attività a supporto di tali pagamenti. Le esposizioni sottostanti possono generare proventi dalla vendita di attività finanziate o date in locazione. Esse non comprendono valori mobiliari ai sensi dell'art. 4, par. 1, punto 44, della direttiva 2014/65/UE, ad eccezione delle obbligazioni societarie non quotate in una sede di negoziazione.

Il par. 8 in discorso verrà significativamente implementato dalla European banking authority (EBA), che, ai sensi del successivo par. 14, è tenuta ad elaborare, in stretta cooperazione con la European Securities and Markets Authority (ESMA) e la European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA), “progetti di norme tecniche di regolamentazione” il cui scopo è di precisare ulteriormente quali esposizioni sottostanti, *ergo* quelle di cui al par. 8, devono ritenersi omogenee. Secondo le previsioni legislative del regolamento UE, tali progetti di norme tecniche avrebbero dovuto essere presentati alla Commissione entro il 18 luglio 2018⁶².

Ai sensi del par. 9 dell'articolo in commento, per ricevere la certificazione “DOC”, le esposizioni sottostanti non dovranno comprendere “alcuna posizione verso la cartolarizzazione”. È il par. 10 dell'art. 20 del regolamento UE a contenere una previsione estremamente innovativa. Esso, al fine di evitare che le cartolarizzazioni siano uno strumento per danneggiare ignari investitori, statuisce che il cedente e, di riflesso, il promotore hanno un obbligo di assicurare che le esposizioni sottostanti, oggetto di cartolarizzazione, siano create “nel corso ordinario dell'attività del cedente o prestatore originario” e, ancora più importante, “nel rispetto di parametri di sottoscrizione non meno rigorosi di quelli che il cedente o prestatore originario aveva applicato ad analoghe esposizioni non cartolarizzate al momento della loro creazione”. Ne consegue che i soggetti coinvolti nella cartolarizzazione devono effettuare una sorta di comparazione fra portafoglio cartolarizzato e non e far sì che il primo non sia, per dirla in modo non del tutto tecnico, meno buono del secondo, per la sua qualità; di ciò, dunque di tale comparazione, ai sensi dello stesso paragrafo, vengono informati i potenziali investitori. Se poi le esposizioni sottostanti le cartolarizzazioni sono rappresentate da immobili residenziali, “il portafoglio di prestiti non comprende prestiti commercializzati e sottoscritti con la premessa che al richiedente il prestito o, se del caso, agli intermediari era stato fatto presente che le informazioni fornite avrebbero potuto non essere verificate dal prestatore”. In modo ancora più incisivo, il par. 10 dell'art. 20 prescrive che la “valutazione del merito di credito del mutuatario deve rispondere ai requisiti fissati dall'articolo 8 della direttiva 2008/48/CE”, in tema di credito al consumo, o dalla direttiva 2014/17/UE, in tema di mutui residenziali⁶³ o, se del caso, ai requisiti equivalenti di Paesi terzi.

⁶² Ciò è avvenuto nel corso dell'estate del 2018. Nelle more della entrata in vigore, il 1° gennaio 2019, del regolamento UE sulle cartolarizzazioni, il testo definitivo è stato anche emanato. V. EBA, *Final Report on Guidelines on the STS criteria for ABCP Securitisation*, EBA/GL/2018/08, 12 dicembre 2018.

⁶³ In particolare, l'art. 18, paragrafi da 1 a 4, par. 5, lett. a), e par. 6, della direttiva sui mutui residenziali.

Il cedente o prestatore originario deve inoltre avere esperienza nella creazione di esposizioni di natura analoga a quelle cartolarizzate.

Ai sensi del par. 11 dell'articolo in commento viene chiarito che, una volta fatta la selezione dei portafogli, le esposizioni sottostanti sono trasferite senza indebito ritardo alla SSPE e non comprendono, al momento della selezione, esposizioni in stato di insolvenza (*default*) ai sensi dell'art. 178, par. 1, regolamento 575/2013, né esposizioni verso un debitore o un garante di affidabilità creditizia deteriorata, a conoscenza del cedente o prestatore originario, fra cui l'insolvenza e/o la ristrutturazione⁶⁴.

Il par. 12 dell'art. 20 interviene e, teoricamente, dovrebbe risolvere una ulteriore questione che, prima della crisi di cui s'è detto, aveva creato non pochi problemi ed elusioni. Si fa riferimento alla tendenza, elusiva, di alcuni operatori, di cedere il portafoglio dei crediti, non appena i crediti fossero sorti, per cui il cedente – soprattutto banca –, anziché essere originatore del credito, ne diveniva mero distributore. La previsione legislativa in discussione ne consente il superamento per il fatto di prescrivere che *condicio sine qua* non per la cessione è che “al momento del trasferimento delle esposizioni” il debitore deve aver effettuato almeno un pagamento. L'unica eccezione consentita è relativa alla cartolarizzazione rotativa e garantita da esposizioni pagabili in un'unica rata o con scadenza inferiore a un anno; in tal caso saranno compresi nella eccezione, senza alcuna limitazione, anche “i pagamenti mensili previsti per i crediti rotativi”.

Il regolamento UE si occupa anche di una prassi, patologica più che fisiologica, seguita storicamente nelle operazioni di cartolarizzazione, e introduce dei correttivi nell'intento di superarne le criticità; si fa riferimento al rimborso che, nella strutturazione di tali operazioni, può essere fatto dipendere in buona parte dalle garanzie, piuttosto che dalla qualità degli attivi. Ove ciò si verificasse, vi è un rischio intrinseco: il promotore, con la connivenza del cedente, si disinteressa della selezione del portafoglio dei crediti in funzione delle possibilità di loro recupero alla scadenza, in quanto fa affidamento esclusivamente sulle garanzie. In tale caso la cartolarizzazione non sarebbe genuina, *ergo* non riguarderebbe una vendita di crediti, in quanto la causa dell'operazione si identificherebbe con la garanzia, per definizione accessoria, piuttosto che con la vendita, teoricamente l'essenza della cessione e, dunque, della cartolarizzazione. Al fine di rendere genuina l'operazione di cartolarizzazione, il legislatore UE introduce il criterio della preponderanza⁶⁵ prevedendo anche che “il rimborso al detentore delle posizioni verso la cartolarizzazione le cui esposizioni sottostanti sono garantite da attività il cui valore è coperto o pienamente mitigato da un obbligo di riacquisto da parte del venditore delle attività poste a garanzia delle esposizioni sottostanti o di altri terzi non è ritenuto dipendente dalla vendita delle attività poste a garanzia di tali esposizioni sottostanti”.

Il par. 14, con una norma di chiusura, demanda alla Commissione il potere di integrare il regolamento in esame mediante l'adozione delle norme tecniche di regolamentazione, in conformità con gli articoli da 10 a 14 del regolamento (UE) n. 1093/2010.

⁶⁴ Le specifiche condizioni sono previste dalle lettere a), b) e c).

⁶⁵ “Il rimborso del detentore delle posizioni verso la cartolarizzazione non è strutturato in modo da dipendere in maniera preponderante dalla vendita delle attività poste a garanzia delle esposizioni sottostanti. Ciò non impedisce che tali attività siano successivamente rinnovate o rifinanziate”.

6. Un ulteriore elemento di interesse richiesto dal nuovo regolamento UE è contenuto nell'art. 21 e concerne il "Requisito di standardizzazione". Il primo parametro che qualifica la standardizzazione è l'obbligo di mantenimento del rischio. Il par. 1 dell'art. 21 prescrive che cedenti, promotori e prestatori originari, alternativamente fra di loro, devono adempiere "l'obbligo di mantenimento del rischio conformemente all'articolo 6". In relazione poi ai rischi di tasso di interesse e di cambio connessi con la cartolarizzazione si prevede, ai sensi dell'art. 21 par. 2, che: essi debbano essere "adeguatamente attenuati"; debba essere fornita apposita "comunicazione di eventuali misure adottate a tal fine", comunicazione che, nel silenzio, si sottintende debba essere data a mezzo del prospetto. La stessa previsione legislativa vieta al veicolo di stipulare contratti derivati, a meno che non abbiano finalità di "copertura del rischio di tasso di interesse o del rischio di cambio"; in quest'ultimo caso, i derivati, per effetto del regolamento UE, devono essere "sottoscritti e documentati secondo le regole comuni della finanza internazionale"⁶⁶.

L'ulteriore parametro che qualifica la standardizzazione, di cui all'art. 21, par. 4, si riconnette alle azioni di natura esecutiva ed è finalizzato ad implementare norme generali per far sì che, nel caso di avvio di azioni esecutive nei confronti del veicolo – dato il generale principio di separatezza patrimoniale – il contante a disposizione del veicolo medesimo non sia inferiore a quanto necessario per il funzionamento operativo del veicolo stesso. Ovviamente, gli introiti in capitale derivanti dalle esposizioni sottostanti sono trasferiti agli investitori mediante rimborso sequenziale delle posizioni verso la cartolarizzazione in funzione del rango (*seniority*) di ciascuna (art. 21, par. 4, lett. b). In forza del successivo par. 5 dell'art. 21, per "le operazioni caratterizzate da una priorità di pagamento non sequenziale sono previsti valori di attivazione basati sulla performance delle esposizioni sottostanti che comportano il ripristino della priorità di pagamento secondo pagamenti sequenziali in funzione del rango. Tali valori di attivazione basati sulla performance comprendono almeno il deterioramento della qualità creditizia delle esposizioni sottostanti al di sotto di una data soglia".

La standardizzazione incide fortemente sul potere negoziale delle parti in merito a talune clausole contrattuali, che di solito sono inserite nelle cartolarizzazioni. È ben noto che gli investitori dei titoli cartolarizzati devono attendere la loro scadenza e non possono contare su alcuna "accelerazione". In assenza di previsioni legislative, ciò costituiva in passato un rischio per l'investitore che faceva per così dire una scommessa di lungo periodo sugli attivi sottostanti. La questione sembra ora superata in quanto, se la cartolarizzazione è "DOC", la stessa deve essere corredata di "adeguate clausole di rimborso anticipato o – in caso di cartolarizzazione rotativa – eventi attivatori della conclusione del periodo rotativo"; in tal modo viene offerta all'investitore la possibilità di attivare un rimborso anticipato, ove ne ricorrano i presupposti⁶⁷.

La standardizzazione rende più puntuale il contenuto della documentazione che correda la cartolarizzazione, come è confermato anche dal par. 7 dell'art. 21

⁶⁶ Fa da corredo a ciò la previsione di cui all'art. 21, par. 3, la quale prescrive che i pagamenti di interessi devono avvenire sulla base di quelli di mercato di uso generale o di tassi settoriali di uso generale che riflettono il costo di finanziamento, senza demandare "a formule o derivati complessi".

⁶⁷ Tali specifici eventi sono quelli i cui alle lettere a), b), c) e d) dell'art. 21, par. 6, del regolamento UE.

nella parte in cui prescrive che la documentazione riguardante l'operazione dovrà indicare chiaramente: (i) i fondamentali obblighi e le responsabilità *ex contractu* del gestore e dei prestatori di altri servizi accessori⁶⁸; (ii) le procedure atte a garantire che l'inadempienza o l'insolvenza del gestore non determini la cessazione della gestione e, con disposizione contrattuale, la possibilità di sostituzione del gestore in tali casi⁶⁹. Il successivo par. 8 richiede anche che il gestore abbia “esperienza di gestione di esposizioni di natura analoga a quelle cartolarizzate” e “predisposto politiche, procedure e controlli in materia di gestione del rischio ben documentati e adeguati, riguardanti la gestione delle esposizioni”.

La previsione di cui al successivo par. 9 dell'art. 21, prescrive, in tema di standardizzazione, che nella documentazione riguardante l'operazione siano evidenziati “in termini chiari e coerenti, le definizioni, i mezzi di ricorso e le azioni in materia di morosità e inadempienza dei debitori, ristrutturazione del debito, remissione del debito, tolleranza, sospensioni dei pagamenti, perdite, importi stornati, recuperi e altre misure a tutela della performance delle attività”. Per verità, tali indicazioni erano già osservate nella prassi applicativa delle operazioni di cartolarizzazione; peraltro, è da ritenersi che, in relazione al loro recepimento normativo, i consulenti, *in primis* legali, dovranno curare – per ottenere la certificazione “DOC” – una più attenta osservanza delle prescrizioni di cui al citato par. 9, affinché nessuna obiezione sia sollevata dall'autorità di vigilanza, in sede di rilascio della certificazione.

Nella così detta standardizzazione vi è anche una previsione di governo societario. Infatti, il par. 10 prescrive che la documentazione contrattuale della cartolarizzazione deve comprendere “disposizioni chiare che favoriscano la pronta risoluzione dei contenziosi tra le diverse classi di investitori”, che stabilisca “chiaramente i diritti di voto e li attribuisca ai detentori dei titoli ed indichi con precisione le responsabilità del fiduciario e degli altri soggetti cui incombono obblighi fiduciari nei confronti degli investitori”. Poiché non è sempre previsto che le classi di investitori in titoli cartolarizzati abbiano un diritto di voto, si potrebbe ritenere che la norma sia dotata di un contenuto precettivo indiretto e cioè che la standardizzazione richieda che per ogni categoria di investitori (*senior, mezzanine, junior*) vi debba necessariamente essere una specifica assemblea volta a nominare un loro rappresentante.

7. Quello in discussione nel presente paragrafo riguarda l'obbligo di trasparenza ed è il terzo requisito della cartolarizzazione “DOC” del regolamento UE, di cui al suo art. 22. In primo luogo, ai sensi del par. 1 del detto art. 22, vi è un obbligo da parte del cedente, ed in solido anche da parte del promotore, di mettere a disposizione dei potenziali investitori “i dati storici sulla performance statica e dinamica in termini di inadempienza e di perdite, ad esempio dati su morosità, relativi a esposizioni sostanzialmente analoghe a quelle oggetto della cartolarizzazione, nonché le fonti di tali dati e gli elementi in base ai quali le esposizioni sono considerate analoghe”. L'offerta e in particolare la fissazione del prezzo di cessione dei crediti non potranno avvenire in assenza di una tale dettagliata informativa, che deve essere riferita ad “un periodo di almeno cinque anni”. La norma è chiaramente finalizzata ad evitare di fatto che si ripetano le pratiche passate, appalesatesi tristemente nel corso delle crisi finanziarie e che hanno comportato, in particolare, il trasferimento

⁶⁸ Lett. a).

⁶⁹ Lett. b).

di crediti di natura residenziale di bassa qualità non onorati, con conseguenti ricadute negative sulle possibilità di rimborso dei corrispondenti titoli cartolarizzati. La norma non vieta *de iure* una cessione di crediti della specie, tuttavia di fatto la dissuade per effetto dell'obbligo di comunicazione dei dati di inadempienza⁷⁰.

Non solo: la trasparenza si traduce nell'ulteriore obbligo, imposto ai sensi del par. 2 dell'articolo in esame, di sottoporre un campione delle esposizioni sottostanti "a una verifica esterna condotta da un soggetto adeguato e indipendente, il quale verifichi anche l'esattezza dei dati divulgati sulle esposizioni sottostanti". Non è chiaramente indicato il soggetto (cedente o promotore) che è tenuto ad adempiere a tale obbligo; stante la sua natura essenzialmente tecnica, l'obbligo dovrebbe gravare sul promotore, nell'ambito del mandato che ha ricevuto dal cliente cedente, che ha prospettato l'operazione di cartolarizzazione. Tuttavia, il par. 5 dell'articolo in commento chiaramente chiama a rispondere entrambi gli attori, sia il cedente che il promotore.

Più chiaro, quanto ai soggetti contrattualmente obbligati, è il par. 3, ove è stabilito che "il cedente o il promotore mette a disposizione dei potenziali investitori un modello di flusso di cassa delle passività che rappresenti precisamente il rapporto contrattuale che intercorre tra le esposizioni sottostanti e il flusso dei pagamenti tra il cedente, il promotore, gli investitori, altri terzi e la SSPE". Ciò deve avvenire prima della fissazione del prezzo, anche se l'obbligo diventa continuativo, e non episodico, poiché le parti interessate sono tenute ad adempiervi anche dopo che il prezzo è stato fissato: il cedente o il promotore "mette tale modello a disposizione degli investitori su base continuativa e dei potenziali investitori su richiesta".

Si parla sempre di più di responsabilità di natura sociale delle entità giuridiche (*corporate social responsibility*) quale ulteriore parametro, di tipo istituzionale, cui la condotta degli amministratori deve essere informata nell'espletamento dell'attività di impresa. Non è ancora chiaro il perimetro legale di tale funzione sociale che deve svolgere l'impresa; una funzione questa che si coniuga molto spesso con il concetto di sostenibilità e con l'esigenza che l'impresa, in particolare il suo organo gestorio, adotti decisioni che non si limitino semplicemente alla massimizzazione dei profitti dei soci. *Mutatis mutandis* e non senza una certa fantasia interpretativa, il par. 4 prescrive – per i prestiti relativi ad immobili residenziali (ma anche per i prestiti relativi a veicoli o *leasing* auto) – che "il cedente e il promotore pubblichino le informazioni disponibili relative alla performance ambientale delle attività finanziate con tali prestiti", pubblicazione da effettuarsi nell'ambito delle informazioni di cui all'art. 7, par. 1, co. 1, lett. a). In altre parole, l'investitore in titoli cartolarizzati dovrebbe essere in grado di valutare se il "sottostante" soddisfi requisiti di tipo etico, fra cui quelli specificamente connessi con l'ambiente.

8. In passato, le cartolarizzazioni sono state utilizzate in modo errato da parte degli operatori che – a fronte di strutture oltremodo complesse – hanno agito con

⁷⁰ Il par. 5 di questo articolo del regolamento UE si riconnette al par. 1 in commento. Si prevede infatti che, prima della fissazione del prezzo, le informazioni siano messe a disposizione dei potenziali investitori, su richiesta di questi ultimi. Prima della fissazione del prezzo, le informazioni previste all'art. 7, par. 1, co. 1, lettere da b) a d), sono messe a disposizione almeno sotto forma di bozza o di prima stesura. La documentazione finale è messa a disposizione degli investitori al più tardi 15 giorni dopo la conclusione dell'operazione. Sia il cedente che il promotore sono solidalmente responsabili dell'osservanza dell'art. 7, inclusa la messa a disposizione di tali informazioni.

scarsa trasparenza, riducendo sensibilmente l'area di valutazione del rischio insito nelle operazioni di cui si parla. Alcuni operatori, quali le agenzie di valutazione del merito di credito (*credit rating agencies*), non hanno svolto il ruolo loro imposto contrattualmente per assicurare che le operazioni di cartolarizzazione fossero improntate a criteri prudenziali, idonei a garantirne uno sviluppo fisiologico nella prospettiva del rimborso ai possessori dei titoli; i fallimenti di mercato che ne sono conseguiti sono ancora ben percepibili nei loro effetti. Le principali legislazioni hanno reagito al caos conseguente alla crisi⁷¹ attraverso stadi progressivi ma misurati, per cui si è pervenuti a prevedere: (1) cartolarizzazioni sicure e semplici; (2) un miglior modo di gestire tali operazioni, particolarmente attraverso la dovuta diligenza e il mantenimento del rischio (*risk retention requirements*).

Sulla scorta di tali premesse concettuali, l'affermazione un po' ingenua che la regolamentazione non incide sulle cartolarizzazioni, accennata da alcuni in talune circostanze, è virtualmente superata dalla abbondante legislazione degli ultimi anni, precedente al regolamento UE. Per quanto riguarda l'Unione, si può asserire, senza che ciò dia adito ad incertezza alcuna, che le cartolarizzazioni del mercato UE sono in atto, strettamente regolamentate⁷². Una entità che cartolarizzi e che sia vigilata, dovrà rispettare rigorose norme di natura prudenziale; infatti, la regolamentazione UE prevede un trattamento prudente e sensibile al rischio⁷³ delle attività e degli investimenti, ai sensi del regolamento relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento, *Capital Requirement Regulation (CRR)*⁷⁴, particolarmente del 50° 'considerando'. L'intento è quello di assicurare che i rischi siano assorbiti in modo appropriato dai requisiti di capitale delle istituzioni creditizie⁷⁵. Attualmente, questa legislazione europea risulta amalgamata con il testo legislativo consolidato sulle cartolarizzazioni, che si commenta⁷⁶.

La genesi dei nuovi principi è in generale il risultato della riconsiderazione dell'intero settore bancario a livello globale. Nel novembre 2010, quando le ferite della crisi finanziaria, precedente a quella data, erano ancora aperte, i capi del G20 si riunirono a Seul; al *Financial Stability Board* (di seguito: FSB) fu chiesto di sviluppare suggerimenti utili a rafforzare il controllo (*oversight*) e la regolamentazione dell'attività bancaria opaca⁷⁷. Quale risultato di tale mandato⁷⁸, l'FSB, dopo oltre

⁷¹ Essenzialmente, la letteratura, sia economica che legale, attribuisce le meno che commendevoli conseguenze delle crisi globali finanziarie alle crisi dei mutui subprimari (*subprime mortgage*): E.F. GERDING, *Code, Crash, and Open Source: the Outsourcing of Financial Regulation to Risk Models and the Global Financial Crisis*, in *Washington University Law Review*, 2009, p. 127. Si veda anche M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 228.

⁷² Proposta di regolamento UE, p. 2.

⁷³ Dunque, da testo di origine, "risk-sensitive and prudentially sound treatment".

⁷⁴ Come da previsioni legislative del regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 (CRR).

⁷⁵ Più precisamente, tali principi sono contenuti nell'ambito del capitolo 5 della CRR.

⁷⁶ Proposta di regolamento UE.

⁷⁷ Dichiarazione del G20, Vertice di Seoul del 2010, p. 41, www.treasury.gov.

⁷⁸ È stato osservato da C. BARBAGALLO, *Lo Shadow Banking e la Regolamentazione Italiana*, in NIFA – New International Finance Association, *World Finance Form 2015*, 2015, p. 4, in www.bancaditalia.it, che il gruppo di lavoro incaricato di redigere il testo dovette confrontarsi con uno scenario complesso, per il fatto che alcuni Paesi erano già regolamentati ed altri erano del tutto sprovvisti di regolamentazione.

un anno di lavoro intenso e difficoltoso⁷⁹, emanò raccomandazioni che incidono su una serie di aspetti dell'intero settore della attività bancaria opaca, incluse le cartolarizzazioni. Merita in particolare richiamare la raccomandazione 7, la quale è connessa con gli incentivi collegati con le operazioni di cartolarizzazione. L'FSB ebbe a sollevare una specifica questione relativa alla cartolarizzazione, che faceva riferimento alla esigenza di assicurare che i fornitori di cartolarizzazioni (particolarmente i cedenti ma anche i promotori) detenessero una parte dei rischi degli attivi sottostanti.

9. Secondo l'FSB, i requisiti di mantenimento del rischio (il c.d. “*skin in the game*”) hanno rappresentato il fattore chiave delle risposte di natura regolamentare alla crisi finanziaria più volte menzionata. Tale aspetto di natura normativa, ritenuto sempre più importante, è coerente e in linea con la necessità che i prodotti cartolarizzati siano trasparenti e standardizzati⁸⁰. La specifica raccomandazione, rivolta dalla International Organization of Securities Commissions (IOSCO), è stata trasposta nella regolamentazione delle più avanzate giurisdizioni⁸¹, ma anche in altri Paesi⁸². L'obbligo di mantenimento del rischio⁸³, in vigore nell'UE proprio per effetto del regolamento UE in commento, è incluso fra i diversi aspetti regolamentari che, come nel caso della giusta diligenza, influiscono maggiormente sul buon esito delle operazioni di cartolarizzazione.

Il micro-sistema di norme è duplice e definisce: in primo luogo, il modo con cui il cedente dovrà calcolare l'ammontare dell'esposizione per il rispetto di quanto prescritto in materia di capitale regolamentare, con riguardo sia alle cartolarizzazioni tradizionali sia a quelle sintetiche; in secondo luogo, le modalità attraverso cui il cedente potrà escludere l'esposizione che ha cartolarizzato (CCR, articoli 243-245) dall'ammontare della esposizione ponderata ai fini del rischio ovvero, se esistente, dall'ammontare di perdita prevista. In relazione a quanto precede, il trasferimento dei crediti, da un punto di vista legale, realizza una vendita vera e genuina.

Il requisito di mantenimento è fondamentalmente volto ad evitare pratiche di sottoscrizione superficiale (c.d. *loose underwriting*) da parte di coloro che sono coinvolti nelle operazioni di cartolarizzazione quali organizzatori (*arrangers*). Come sottolineato dallo stesso legislatore UE⁸⁴, il mantenimento del rischio – da parte di originatori, banche di affari mandatarie e mutuanti originari – assicura l'allineamento di interesse fra tali attori e gli investitori medesimi. A livello dottri-

⁷⁹ FSB, *Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation*, 27 ottobre 2011.

⁸⁰ *Ivi*, p. 21.

⁸¹ Si veda OICU-IOSCO, *The Board of the International Organization of Securities Commissions*, in *Global Developments in Securitisation Regulation Final Report* (FR09/12), 16 novembre 2012.

⁸² Gli USA sono un ulteriore esempio. Si veda A. GELPERN, E.F. GERDING, *Rethinking the Law in “Safe Assets”*, in R.P. BUCKLEY, E. AVGOULEAS, D.W. ARNER (eds.), *Reconceptualising Global Finance and its Regulation*, Cambridge, 2016, p. 184. Gli stessi A. ricordano che un più recente modo di rendere i titoli cartolarizzati più sicuri è stato praticato negli USA, rendendo tali titoli coerenti con parametri minimi di sottoscrizione, che migliorano la qualità dei portafogli dei titoli (*ibidem*). Sul concetto di *safe assets*, si veda più recentemente A. GELPERN, E.F. GERDING, *Private and Public Ordering in Safe Asset Markets*, in *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, 2015, p. 1; A. GELPERN, E.F. GERDING, *Inside Safe Assets*, in *Yale Journal on Regulation*, 2016, p. 363.

⁸³ Ancora, quello definito più spesso, dai *practitioners*, *retention requirement*.

⁸⁴ Si veda più specificamente l'art. 4 della proposta di regolamento UE.

nale, è stato enfatizzato⁸⁵ che il requisito di mantenimento dovrebbe essere – ma in realtà lo è – sviluppato nella regolamentazione, al fine di ridefinirlo, per evitare i fraintendimenti che sono intrinseci nel modello di alcune cartolarizzazioni, aventi l’obiettivo di “originare per distribuire” (*originate to distribute*). In realtà, la materia della detenzione è stata oggetto di una significativa riforma prevedendo l’obbligo, rivolto a originatori e banche d’affari, alternativamente fra loro, di mantenere una percentuale nel capitale del veicolo, nell’ottica di incoraggiare un comportamento prudente da parte di entrambi i soggetti⁸⁶. Tale obbligazione si sostanzia, secondo il regolamento UE, nelle previsioni legali che impongono alle principali entità regolamentate di verificare in anticipo, nei casi in cui questi decidano di investire in titoli cartolarizzati, se gli obblighi di detenzione sono stati rispettati in una operazione di cartolarizzazione in cui vogliono investire.

Le raccomandazioni della EBA sui requisiti di detenzione⁸⁷ già contenevano osservazioni che erano finalizzate a colmare la potenziale lacuna nell’implementazione del regime di mantenimento del rischio. Più esplicitamente il requisito, come originariamente concepito, avrebbe potuto essere circonvvenuto attraverso una interpretazione estensiva della definizione di originatore. A tale riguardo è stato precisato che, ai fini dell’art. 4 della proposta di regolamento UE, un ente incorporato quale “guscio dedicato”, dunque quale veicolo, al solo fine di cartolarizzare esposizioni e senza una finalità più ampia, non potrà essere considerato quale originatore.

10. Come già enfatizzato dall’EBA, il requisito di trasparenza prescritto per le cartolarizzazioni e per le esposizioni sottostanti dovrebbe consentire “agli investitori di comprendere, valutare e comparare le operazioni di cartolarizzazione e non soltanto di contare su parti terze, quali le società di valutazione del credito”⁸⁸. Il rispetto di tale requisito consente agli “investitori di agire quali prudenti investitori e di effettuare una giusta diligenza”, considerato che “gli investitori avranno tutte le informazioni rilevanti sulle cartolarizzazioni a loro disposizione”⁸⁹. Una prima implicazione del requisito di trasparenza ha comportato l’obbligatorietà del prospetto che, già esistente nella direttiva sui prospetti, è stata rafforzata dall’UE proprio per effetto del suo recente regolamento. La dottrina ha ampiamente posto l’accento sul complesso fenomeno della attività bancaria opaca e sul potenziale rischio a carico degli investitori⁹⁰. I titoli cartolarizzati sono offerti nei mercati regolamentati⁹¹, ove solitamente gli strumenti finanziari ammessi sono regolamentati. Tale concetto di mercato regolamentato quale *club* ristretto che tratta strumenti finanziari⁹² è rinvenibile nella direttiva relativa al mercato degli strumenti finan-

⁸⁵ OICU-IOSCO, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁶ *Ibidem*. Il requisito di manutenzione (*retention requirement*) costituiva una delle principali conclusioni della dichiarazione finale del G20 al Vertice di Pittsburgh del 2009.

⁸⁷ EBA Report on Securitisation Risk Retention, Due Diligence and Disclosure, 2014. reperibile online.

⁸⁸ Traduzione nostra.

⁸⁹ *Ivi*, p. 14 (traduzione nostra).

⁹⁰ S.L. SCHWARCZ, *Disclosure’s Failure in the Subprime Mortgage Crisis*, in *Utah Law Review*, 2008, p.1109 ss.

⁹¹ M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 19 ss.

⁹² Art. 51, par. 1, MiFID II, in precedenza art. 40, par. 1, co. 1, MiFID I (direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che

ziari, MiFID II⁹³. Gli Stati membri devono avere regole chiare e trasparenti che riguardino l'ammissione degli strumenti finanziari alla negoziazione. Esse devono assicurare che gli strumenti finanziari ammessi ai mercati regolamentati possano essere negoziati in modo giusto, ordinato ed efficiente e, in caso di trasferibilità, liberamente trasferibili⁹⁴. Poiché la quotazione (*listing*) rende pubblici i titoli emessi, l'ammissione al mercato degli strumenti finanziari è generalmente accompagnata da un prospetto con cui si comunicano al pubblico sia le caratteristiche dei titoli sia l'entità giuridica emittente⁹⁵.

La direttiva sui prospetti, nel passato certamente applicabile ai titoli cartolarizzati emessi dal veicolo, è stata modificata per effetto del regolamento UE. Nel testo legislativo che si commenta, i contenuti del prospetto sono stati meglio armonizzati e, laddove il prospetto non è richiesto, sono state previste specifiche forme semplificate (*summaries*), con le quali indicare e comunicare i principali elementi conoscitivi.

Tenendo conto dei principi generali cui la direttiva sui prospetti è informata, l'osservanza del requisito di pubblicazione del prospetto si impone allorché l'emittente renda pubbliche agli investitori le informazioni relative agli strumenti finanziari, e i titoli cartolarizzati non fanno eccezione al riguardo. L'obbligo di pubblicare il prospetto non scaturisce da una delle circostanze alternative indicate all'art. 3 della direttiva sui prospetti, come modificato dalla direttiva 2010/73⁹⁶. *Mutatis mutandis*, le eccezioni da applicarsi ai titoli cartolarizzati, alla luce della loro tipologia, riguarderanno: 1) l'offerta di titoli cartolarizzati rivolti soltanto a investitori qualificati; 2) l'offerta di titoli cartolarizzati rivolti a meno di 150 persone fisiche o giuridiche per ciascun Stato membro, diversi dagli investitori qualificati⁹⁷; 3) l'offerta di titoli rivolta a investitori che acquisiscono titoli per meno di euro 100.000,00 per investitore, per ciascuna offerta⁹⁸; 4) l'offerta di titoli la cui denominazione per unità è di almeno euro 100.000,00⁹⁹; da ultimo, 5) l'offerta di titoli

modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio).

⁹³ Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE (MiFID II).

⁹⁴ Art. 51, par. 1, co. 2, MiFID II.

⁹⁵ Le obbligazioni di cui al prospetto, sebbene incorporate nella direttiva MiFID II e precedentemente nella MiFID I, sono l'oggetto di uno specifico intervento legislativo: la direttiva 2003/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2001/34/CE (direttiva sui prospetti).

⁹⁶ Direttiva 2010/73/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, recante modifica delle direttive 2003/71/CE, relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari, e 2004/109/CE, sull'armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato.

⁹⁷ Tale limite è stato elevato da quello iniziale di 100 a 150, a seguito della direttiva 2010/73.

⁹⁸ Questo limite è passato dagli iniziali euro 50.000,00 della direttiva sui prospetti al nuovo limite di euro 100.000,00 della direttiva 2010/73. Il nuovo limite tiene conto del fatto che il precedente (euro 50.000,00) non riflette più "la distinzione fra gli investitori commerciali e quelli professionali in termini di capacità dell'investitore" (9° 'considerando' direttiva 2010/73).

⁹⁹ Anche in questo caso, i precedenti dati facevano riferimento ad euro 50 000,00.

cartolarizzati per un ammontare complessivo di non più di euro 100.000,00 calcolato su di un periodo di 12 mesi.

Alla luce del nuovo regolamento UE, l'art. 7 prevede più stringenti obblighi finalizzati a rendere l'offerta più trasparente e – sostanzialmente in linea con la proposta – delinea fra le diverse previsioni legislative i pilastri sui quali si fonda il prospetto dei titoli cartolarizzati. Più specificamente, tale art. 7 prescrive che l'originatore, sponsor o SPV di una cartolarizzazione rendano disponibili talune informazioni a coloro che detengono titoli di tale tipologia, oltre che alle competenti autorità.

Sono previste due tipologie di informative: la prima relativa all'esposizione sottostante su base trimestrale o, nel caso di ABCP, a quella sui crediti sottostanti su base mensile; la seconda riguarda invece: i) i documenti dell'offerta finale, ad esclusione del parere legale; ii) per la cartolarizzazione tradizionale, il contratto di compravendita, cessione, novazione o accordi di trasferimento o ogni altra dichiarazione a titolo di *trust*, se la struttura della cartolarizzazione prevede una tale tipologia; iii) i contratti derivati e di garanzia e tutti gli altri documenti sulla collateralizzazione; iv) il contratto di servizi, di servizio sostitutivo, di amministrazione e di gestione della liquidità; v) l'atto costitutivo di *trust*, di garanzia, di agenzia, l'accordo di conto corrente, i contratti di investimento garantiti, la struttura degli accordi contrattuali, con le relative definizioni; vi) tutti gli accordi fra creditori, la documentazione dei derivati, gli accordi di finanziamento subordinati; vii) ogni altro documento sottostante che è essenziale per meglio comprendere l'operazione.

L'art. 7 del regolamento prescrive anche un'informativa di supporto che deve essere fornita all'investitore nei casi in cui il prospetto sia stato redatto in linea con la direttiva 2003/71. In questo caso, ai sensi dell'art. 7, par. 1, lett. c) del regolamento UE, saranno forniti un sommario o una revisione complessiva dei principali fattori della cartolarizzazione e, ove applicabili: i) i dettagli che riguardino la struttura dell'accordo; ii) i dettagli circa le caratteristiche dell'esposizione, i flussi di cassa, i fattori di miglioramento del credito (*credit enhancement*) e quelli di supporto della liquidità (*liquidity support*); iii) i dettagli relativi ai diritti di voto dei portatori dei titoli cartolarizzati e la loro relazione con i creditori garantiti; iv) una lista di tutte le "clausole grilletto" (*triggers*) e gli eventi indicati nei documenti contrattuali che possano avere un impatto sulla prestazione della cartolarizzazione; v) i diagrammi della struttura della cartolarizzazione, con una panoramica della transazione, dei flussi di cassa e della struttura societaria. Nel caso di cartolarizzazioni STS, la relativa notifica, le comunicazioni (*reports*) su base trimestrale agli investitori o, in caso di ABCP, le comunicazioni su base mensile, conterranno, fondamentalmente: i) tutti i dati rilevanti sulla qualità dei crediti e la prestazione della esposizione sottostante; ii) i dati sui flussi di cassa generati dalle esposizioni sottostanti e dalle passività della cartolarizzazione, eccetto che per gli ABCP, nonché l'informazione sulla violazione di eventi che implicano il cambiamento nell'ordine di priorità dei pagamenti o la sostituzione delle controparti; iii) da ultimo, le informative in merito al mantenimento del rischio.

11. Per quanto riguarda la *due diligence*, è da osservare, preliminarmente, che le operazioni di cartolarizzazione, per la loro complessità, vengono a volte effettuate

dagli operatori del mercato senza averne piena consapevolezza¹⁰⁰. Una tale situazione caratterizza in generale il “sistema bancario opaco” ma più specificamente il mercato delle cartolarizzazioni, ove gli investitori frequentemente devono contare su oscuri modelli matematici¹⁰¹ o finanche su approssimazioni di massima¹⁰². Sebbene non venga fornita una definizione di dovuta diligenza, la *ratio essendi* di questa previsione deve farsi rientrare, per quanto riguarda appunto le cartolarizzazioni, nel più ampio concetto di trasparenza e di standardizzazione, *conditio sine qua non* affinché gli investitori, particolarmente quelli qualificati, possano assumere “decisioni di investimento informate coerenti con la normativa di comunicazione di quel Paese”¹⁰³. Al fine di definire puntualmente ogni rischio, specifiche previsioni legislative erano già in forza nella UE prima del regolamento in commento, seppur emanate dopo e per effetto della nota crisi finanziaria e gli obblighi ivi previsti erano applicabili ad ogni forma di trasferimento di rischio di esposizione (*exposure transferred risk*), fra cui per definizione le cartolarizzazioni. Questi obblighi erano previsti: dal CRR, per gli enti creditizi e le imprese di investimento; dal regolamento delegato (UE) n. 231/2013, per i gestori di fondi di investimento alternativi; fino al 31 dicembre 2018, dal regolamento (UE) n. 35/2015, per le imprese di assicurazione e di riassicurazione.

Gli operatori del mercato finanziario dei prodotti strutturati – normalmente entità giuridiche e più specificamente entità finanziarie – possono essere raggruppati in una serie di subcategorie: 1) istituzioni finanziarie e imprese di investimento; 2) compagnie di assicurazione e fondi pensione; 3) gestori di fondi investimento alternativi. Prima della data di emanazione del nuovo regolamento UE, vi era un certo disallineamento, per ciascuna categoria, in quanto, nell’ambito degli enti istituzionali, gli organismi di investimento collettivo mobiliare¹⁰⁴ come anche quelli pensionistici aziendali o professionali¹⁰⁵ non erano tenuti, dai rispettivi testi legislativi, ad osservare il requisito della giusta diligenza.

Il regolamento UE (art. 6, rubricato “Obblighi di *due diligence* per gli investitori istituzionali”) prevede che l’investitore istituzionale, prima ancora di concretizzare l’operazione di investimento – ove sia diverso dal cedente, dal promotore o dal prestatore originario –, deve verificare una serie di elementi, da ritenersi tutti concorrenti, indicati al par. 1 dell’articolo in discussione. Detti obblighi di verifica sono stati definiti, nei primi commenti in Italia, quali obblighi di dovuta diligenza prodromici all’investimento. L’effetto prodromico sembrerebbe connesso con gli obblighi di cui allo stesso regolamento UE, ridondanti principalmente nella reportistica post acquisizione, come di seguito evidenziato.

Con riferimento agli obblighi di dovuta diligenza che precedono l’investimento, occorre focalizzarsi esclusivamente sugli aspetti più rilevanti, tra cui l’obbligo di

¹⁰⁰ S.L. SCHWARCZ, *Regulating Shadow Banking*, cit., p. 634.

¹⁰¹ J.D. COVAL, J. JUREK, E. STAFFORD, *The Economics of Structured Finance*, Harvard Business School, 2008, Working Paper No. 09-070, che sottolineano che alla base della crisi del mercato finanziario del 2008 è stata la scoperta che questi prodotti strutturati si sono rivelati più rischiosi di quanto in realtà non fossero pubblicizzati in origine.

¹⁰² S.L. SCHWARCZ, *Regulating Shadow Banking*, cit., p. 635, il quale richiama E.F. GERDING, *Code, Crash*, cit., p. 127 ss.

¹⁰³ OICU-IOSCO, *op. cit.*, p. 49 (traduzione nostra).

¹⁰⁴ Direttiva 2009/65/CE, in particolare art. 2, par. 1, lett. b).

¹⁰⁵ Direttiva 2016/2341/UE.

verificare che: le esposizioni da cartolarizzare siano state originate dal cedente nel corso della sua ordinaria attività; il cedente, promotore o prestatore originario, abbia adempiuto l'obbligo di detenzione, ma in misura percentuale non inferiore al 5% del capitale della società veicolo emittente i titoli; il cedente, promotore o la società veicolo, ove l'obbligo sia applicabile, metta a disposizione le informazioni di cui all'art. 7 del regolamento UE. Da ultimo l'investitore istituzionale deve procedere ad un'attenta valutazione di tutti i rischi insiti nell'operazione, con riferimento a vari fattori, fra cui: la qualità dell'attivo cartolarizzato (requisito qualitativo); le modalità di strutturazione dell'operazione (requisito strutturale).

Per quanto invece riguarda gli obblighi di dovuta diligenza successivi all'investimento, essi sono ritenuti dal regolamento UE non meno importanti e stringenti. L'investitore istituzionale sarà tenuto a verificare la prestazione della posizione cartolarizzata ed anche predisporre i relativi presidi di verifica con procedure che consentano di monitorare la posizione di rischio. Senza addentrarsi nella foresta tropicale normativa, si possono citare le procedure che concernono il profilo di rischio dell'operazione, come lo stress test che l'investitore deve effettuare e che, qualora relativo a cartolarizzazione interamente garantita, dovrà riguardare la solvibilità e liquidità del promotore, in quanto possono costituire elementi di rischio. Se invece la cartolarizzazione non è interamente garantita, il test riguarderà tanto i flussi di cassa quanto i valori delle garanzie fornite a sostegno delle posizioni sottostanti. I risultati delle verifiche effettuate sono da segnalare all'organo gestionale, verosimilmente in via periodica o, in ogni caso, quando vi sia un peggioramento dei relativi dati. Infine, in relazione all'attività di accertamento dell'autorità di vigilanza, il regolamento UE prescrive che il soggetto vigilato fornisca una segnalazione accurata dell'operazione di investimento come anche dei connessi rischi.

12. Chi scrive ha evidenziato recentemente che l'attività bancaria opaca è un concetto che vive ancora in una sua "infanzia" giuridica, sebbene ricorra e sia divenuto molto di moda nella letteratura del diritto dell'economia. Coniata meno di un decennio fa, tale definizione resta ancora avvolta nel dubbio, tanto da doversi tuttora chiedere se questa "creatura" riuscirà mai a raggiungere l'età del consenso. Gli stessi confini della nozione in discussione sono difficili da definire e identificare. Al di là della varietà di teorizzazioni, in alcuni casi non convincenti¹⁰⁶, richiamate in questo contributo, l'unica conclusione che pare plausibile è che l'attività bancaria opaca definisce *sic et simpliciter* il perimetro delle attività finanziarie che gli intermediari sono autorizzati a svolgere, in quanto le stesse non sono proibite, sebbene la disciplina normativa applicabile risulti vaga o finanche inesistente¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Ad esempio, non persuade appieno la più recente definizione che identifica l'attività bancaria opaca come l'intermediazione svolta da veicoli (*conduits*) i quali non possono contare sulla rete di protezione pubblica. La risposta è che, come sottolineato in P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called Pan-European Depositors' Protection Scheme: A Further Euro Own-Goal? A Critical Analysis of Directive 2014/49*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, p. 241, gli stessi intermediari tradizionali, come le banche, non sarebbero necessariamente in grado di proteggere il depositante, quanto meno nell'UE, qualora la crisi dovesse risultare così vasta da colpire l'intero sistema bancario.

¹⁰⁷ Molto recentemente, in modo molto acuto, la dottrina (M. DE POLI, *op. cit.*, p. 36) parla di attività bancaria opaca come quella svolta in aree in cui l'apparato della regolamentazione non è convenzionale.

Da tali premesse metodologiche, si desume che le cartolarizzazioni, operazioni di fatto non regolate fino al 2008, sono ora al centro del palcoscenico di un reticolato molto stringente di norme. In proposito, la conclusione di questo lavoro, nel commentare il nuovo regolamento, è che tali operazioni beneficiano ora di una piena armonizzazione regolamentare, quanto meno nei Paesi del G20 e *in primis*, come lumeggiato, nella UE. In tale scenario, le cartolarizzazioni continueranno ad essere inondate dalla regolamentazione che si prevede essere meno settoriale e più uniforme, così come ora fa il nuovo testo legislativo in tema di regolamento UE. Il fine ultimo della legislazione in esame è quello di rendere ufficiale un processo che nell'ultimo quinquennio è stato utilizzato nella prospettiva di rendere il mercato dei titoli cartolarizzati semplici, trasparenti e standardizzati¹⁰⁸. I requisiti prescritti per le cartolarizzazioni "STS" orienteranno principalmente verso due categorie di cartolarizzazioni: quelle a lungo periodo, e quelle a breve¹⁰⁹. Ad onta di ciò, entrambe, senza distinzione, verranno implementate sulla base dei requisiti regolamentari esistenti¹¹⁰, in relazione alle raccomandazioni dell'EBA e secondo i parametri del Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) e della IOSCO¹¹¹.

Avuta presente la definizione di operazioni bancarie opache che chi scrive va a delineare – non particolarmente visionaria – è da ritenersi che tali transazioni possono ora difficilmente essere categorizzate quali operazioni appartenenti a tale categoria concettuale (appunto l'attività bancaria opaca). In un contesto pienamente armonizzato, ove le entità vigilate hanno così forti limiti ed oneri al fine di acquistare prodotti strutturati e dove i veicoli sono per certi versi supervisionati, il termine di attività bancaria opaca¹¹² può essere un abito che risulta troppo stretto per un corpo che nel frattempo ha raggiunto la piena maturità. Alla luce di quanto detto, vi possono essere due *caveat* di tipo metodologico. In primo luogo, una legislazione ipertrofica del sistema bancario e finanziario non necessariamente previene le crisi¹¹³, anzi può dar luogo a crisi. In secondo luogo, una regolamentazione sbilanciata ed emozionale può finanche soffocare lo sviluppo e gli investimenti: le regole, incluse quelle sui mercati dei capitali, tendono a svolgere la loro funzione se aderiscono ai loro principi ispiratori nel lungo periodo di tempo¹¹⁴. Il mercato, e non i giuristi, saranno in grado di dire se la nuova legislazione europea in tema di cartolarizzazione, che si è qui esaminata, è inficiata da tali vizi.

¹⁰⁸ Proposta di regolamento UE, art. 15.

¹⁰⁹ Le ABCP.

¹¹⁰ In particolare, il fattore di copertura di liquidità e gli atti delegati della Solvency II.

¹¹¹ Proposta di regolamento UE, art. 15.

¹¹² Appunto, il più noto *shadow banking*.

¹¹³ L. ENRIQUES, *'Regulators' Response to the Current Crisis and the Upcoming Regulation of Financial Markets: One Reluctant Regulator's View*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2009, p. 1147 ss. Per un'analisi più in generale del ruolo svolto dal mercato, si veda R. ROMANO, *Further Assessment of the Iron Law of Financial Regulation: a Postscript of Regulation in the Dark*, in ECGI Law Working Paper No. 273/2014, reperibile su papers.ssrn.com.

¹¹⁴ F.A. HAYEK, *Law, Legislation, and Liberty. Volume II. The Mirage of Social Justice*, Chicago, 1976, p. 29.

Abstract

Securitizations: The New EU Regulation Discussed and Analysed through the Lenses of the Shadow Banking

Structured finance transactions had been under the scrutiny of the EU legislature for at least a five-year period. In the aftermath of the problems unfolded during the 2007-2008 financial crises, securitizations, regarded alongside derivative transactions the two main players responsible for sparking off the financial collapse, had already been subject to an intense activity of reform, courtesy of ad hoc pieces of legislation. Yet, the need for a more systematic legislative re-assessment of the matter of the structured finance was deemed urgent and not to be delayed. The recent Regulation goes toward this direction, via the definition, among others, of a new typology of transaction which, if compliant with specific criteria (simple, transparent and simplified), allows the securitization to enjoy a special status, for multifarious purposes, mainly regulatory but also of a civil law nature. The current contribution, which is based on a dogmatic and theoretical discussion, aims to examine such a discipline through the lenses of the shadow banking, a concept that more recently the literature has elaborated and started discussing.

Criseide Novi*

L'attuazione della cooperazione strutturata permanente (PESCO) nella prospettiva di una difesa europea più autonoma ed effettiva

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La natura flessibile della politica di sicurezza e di difesa comune. – 3. La scarsa rilevanza dello strumento della cooperazione rafforzata nella politica di sicurezza e di difesa comune. – 4. La PESCO quale forma particolare di cooperazione rafforzata destinata a sviluppare il potenziale della politica di sicurezza e di difesa comune. – 5. L'attuazione della PESCO e la ricerca del compromesso tra ambizione e inclusione. – 6. Conclusioni: la PESCO come possibile (ma non probabile) strumento per la nascita di una difesa europea più autonoma ed effettiva.

1. Con la decisione n. 2315 dell'11 dicembre 2017 l'Unione europea ha attivato la cooperazione strutturata permanente (PESCO), prevista nell'ambito della politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC) dagli articoli 42, par. 6, e 46 TUE e dal Protocollo n. 10. La possibilità di istituire una tale forma di cooperazione è stata introdotta con il Trattato di Lisbona, che ha ripreso quanto già previsto dal progetto e poi dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, frutto di un'iniziativa franco-tedesca del 2002¹. Dopo un lungo periodo di oblio, la PESCO è stata rilanciata nel 2016 da Francia, Germania, Spagna e Italia e collocata nel quadro di un più ampio processo di rafforzamento della politica di difesa europea, iniziato nel 2013 e culminato nel 2016 con la presentazione da parte dell'Alto Rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza (AR) della Strategia globale per la politica estera e di sicurezza².

* Associato di Diritto internazionale nell'Università di Foggia.

¹ V. Conv. 422/02 del 22 novembre 2002. Anche la struttura tripartita della disciplina della PESCO trova origine nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, dove erano previsti due articoli distinti: l'art. I-41, collocato tra le disposizioni di base, che conteneva una clausola generale (attuale art. 42, par. 6) e l'art. III-312, posto tra le norme relative alle politiche e al funzionamento dell'Unione, con la disciplina più dettagliata (che corrisponde all'attuale art. 46 TUE). A queste due disposizioni si aggiungeva un Protocollo. Nel Trattato di Lisbona la PESCO è rimasta oggetto di due disposizioni distinte, entrambe collocate nel Trattato sull'Unione europea e di un Protocollo. Sulla genesi della cooperazione strutturata permanente nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa cfr. S. GRAF VON KIELMANSEGG, *Article 46 [Permanent Structured Cooperation]*, in H.-J. BLANKE, ST. MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on European Union (TEU)*, Berlin, 2013, p. 1275 ss.

² Una strategia globale per la politica estera e di sicurezza dell'Unione europea, doc. n. 10715/16 del 28 giugno 2016. Obiettivo della strategia globale è definire e orientare la politica estera e di difesa dell'Unione

Tra le ragioni che hanno portato all'attuazione della PESCO vi è quella di porre rimedio alle difficoltà che l'Unione ha incontrato quando ha cercato di svolgere un ruolo di maggior peso nell'azione a tutela della pace e della sicurezza internazionale. In particolare, queste difficoltà si sono manifestate quando l'Unione ha risposto alle richieste delle Nazioni Unite di creare missioni militari da inviare in zone di crisi per coadiuvare o preparare il campo a missioni ONU. Se infatti da un lato l'Unione europea ha iniziato ad essere considerata dall'organizzazione mondiale un partner credibile a cui chiedere di supportare la sua azione, dall'altro, nei casi in cui questo supporto è stato effettivamente sollecitato, l'Unione ha avuto problemi a dare una risposta adeguata ed effettiva³, rendendo evidente la necessità di un maggiore sforzo politico da parte degli Stati membri, diretto alla fissazione di obiettivi più ambiziosi, ma anche economico, per assicurare maggiori risorse al settore della difesa⁴. Per quanto riguarda le risorse economiche in particolare, si è evidenziata la necessità di operare un'inversione di tendenza dopo gli anni della crisi finanziaria, durante i quali si è assistito in pressoché tutti gli Stati a una contrazione del bilancio della difesa la cui conseguenza è stato lo "svuotamento" delle capacità militari nazionali e di conseguenza europee⁵.

Benché la PESCO sia stata originariamente concepita come una forma particolare di cooperazione rafforzata, destinata a permettere a gruppi ristretti di Stati membri particolarmente ambiziosi di dare vita a forme avanzate di cooperazione in materia di difesa, gli obiettivi che essa persegue, quali lo sviluppo delle capacità

negli anni futuri, attraverso la definizione di cinque priorità: 1. La sicurezza dell'Unione; 2. La resilienza degli Stati e delle società a Est e a Sud; 3. Un approccio integrato ai confini e alle crisi; 4. Ordini regionali cooperativi; 5. Una *governance* globale per il XXI secolo. La strategia globale fa altresì riferimento a due ulteriori strumenti, ugualmente destinati a rafforzare le capacità di difesa degli Stati: la CARD (*Coordinated Annual Review of Defence*), attraverso cui incoraggiare gli Stati a operare una graduale sincronizzazione dei propri piani di difesa e a migliorare la convergenza strategica e il FED, il fondo europeo per la difesa il cui obiettivo è accrescere la competitività, l'innovazione, l'efficienza e l'autonomia dell'industria della difesa europea attraverso il finanziamento di progetti che coinvolgano almeno 3 imprese di tre diversi Stati membri. Il regolamento diretto a istituire il FED è stato proposto dalla Commissione nel 2016 (COM(2016)476 def.) e al momento in cui si scrive (febbraio 2019) la proposta è al vaglio del Consiglio e del Parlamento europeo. Al fine di dare attuazione concreta a quanto previsto nella strategia globale, nel novembre 2016 è stato approvato il piano d'azione europeo per la difesa (COM(2016)950 def. del 30 novembre 2016), concepito come un piano di lavoro diretto a rendere più efficienti le capacità difensive degli Stati membri e a promuovere una base industriale competitiva che permetta lo sviluppo di tecnologie innovatrici in materia militare, inclusa la creazione di un mercato unico della difesa aperto e competitivo. Su tali aspetti cfr. J.L. DE CASTRO RUANO, *Hacia una Unión Europea de la Defensa o cómo hacer de la necessitas virtud*, in *Anuario español de derecho internacional*, 2018, p. 1045 ss.

³ L'Unione finora ha svolto tre missioni militari espressamente autorizzate dal Consiglio di sicurezza e svolte sulla base di una stretta collaborazione operativa con le Nazioni Unite, al fine di assistere o per preparare il terreno a missioni ONU: la EUFOR RD Congo del 2006; la EUFOR Ciad/RCA del 2008/2009 e la EUFOR RCA del 2014/2015. In tutte queste missioni, di breve durata e dotate di un mandato circoscritto, durante la fase di preparazione ci sono stati problemi a raggiungere un accordo tra gli Stati membri sull'opportunità di intervenire, ma specialmente a mettere insieme contributi nazionali sufficienti per costituire la forza. In argomento C. NOVI, *Brevi considerazioni sulle missioni militari dell'Unione europea volte a supportare operazioni multifunzionali delle Nazioni Unite*, in E. TRIGGIANI et al. (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, I, Bari, 2017 p. 183 ss.

⁴ Sul punto v. S. BISCOP, *L'Europe de la défense: donnons une chance à "PESCO"*, in *Défense*, n. 191, 2018, p. 24 ss.

⁵ Così S. BLOCKMANS, *The EU's Modular Approach to Defence Integration: An Inclusive, Ambitious and Legally Binding PESCO?*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1785 ss., p. 1786.

difensive nazionali, la loro maggiore integrazione e l'assunzione da parte degli Stati di maggiori impegni in materia di missioni militari, l'hanno fatta diventare lo strumento potenzialmente più adatto per rafforzare la politica di sicurezza e di difesa comune, garantendo all'Unione gli strumenti con cui rispondere in modo più pronto ed effettivo alle richieste della Comunità internazionale e velocizzando i tempi connessi alla costituzione e all'invio delle missioni militari⁶.

Si deve aggiungere che l'attuazione della PESCO nel 2017 e la stessa elaborazione della strategia globale per la politica estera e di sicurezza l'anno precedente sono state favorite dal particolare momento storico. Il riferimento è qui anzitutto all'esito del *referendum* nel Regno Unito relativo alla c.d. Brexit, considerato che tale Stato ha sempre contrastato la capacità dell'Unione di dotarsi di una politica di difesa europea efficace che permettesse una maggiore autonomia dalla NATO⁷. Inoltre, una indubbia rilevanza ha avuto anche l'elezione di Donald Trump alla presidenza degli Stati Uniti. Quest'ultimo, infatti, mettendo spesso in discussione la natura di alleati dei Paesi europei, ha sicuramente giocato un ruolo nel convincere questi ultimi della necessità di rafforzare le proprie capacità militari e, al contempo, di assumersi maggiori responsabilità nel tutelare la propria sicurezza e quella dei Paesi confinanti⁸.

Al fine di approfondire quanto brevemente anticipato, nel prosieguo anzitutto ci si soffermerà brevemente sulla politica di sicurezza e di difesa comune, al fine di evidenziare la sua natura improntata alla flessibilità (par. 2). Un'attenzione particolare sarà poi rivolta alla presenza della cooperazione rafforzata nella PSDC che, come anticipato, rappresenta il modello su cui è stata elaborata la PESCO (par. 3). Successivamente si analizzerà più nel dettaglio la PESCO così come originariamente prevista dai Trattati (par. 4) e come concretamente attuata (par. 5). Infine, nelle conclusioni, si cercherà di valutare se e fino a che punto questa particolare forma di cooperazione possa rappresentare uno strumento efficace nel percorso verso la creazione di una difesa europea più autonoma ed effettiva (par. 6).

2. La politica di sicurezza e di difesa comune è stata creata come parte integrante della politica estera e di sicurezza comune (PESC) allo scopo di assicurare all'Unione una capacità operativa attraverso le c.d. missioni Petersberg⁹. Queste consi-

⁶ Cfr. C. NOVI, *EU-UN Cooperation in Multifunctional Peace Operations in Africa*, in G. CELLAMARE, I. INGRAVALLO (eds.), *Peace Maintenance in Africa*, Cham, 2018, p. 57 ss., p. 72 ss.

⁷ La dottrina è concorde sul ritenere che la "Brexit" abbia in qualche modo favorito l'attuazione della PESCO: v. F. ALDECOA LUZARRAGA, *La cooperación estructurada permanente: Haciendo creíble la alianza defensiva de la Unión europea, sin perder la condición de potencia normativa diplomática*, in *Anuario español de derecho internacional*, 2018, p. 1003 ss., p. 1018 ss. e E. LÓPEX-JACOISTE DÍAZ, *La nueva Cooperación Estructurada Permanente: ¿impulso definitivo para una verdadera Política de Seguridad y Defensa en Europa?*, *ivi*, p. 1075 ss., p. 1076 ss. V. inoltre le considerazioni di A. MARRONE, A. AVERSANO STABILE, *Ue con la Brexit, s'accelera verso un'Europa più difesa*, 26 ottobre 2017, affarinternazionali.it (reperibile online).

⁸ Cfr. N. NOVÁKY, *The EU's Permanent Structured Cooperation in Defence: Keeping Sleeping Beauty from Snoozing*, in *European View*, 2018, p. 97 ss.

⁹ Secondo l'art. 42 TUE la politica di sicurezza e di difesa comune "(...) assicura che l'Unione disponga di una capacità operativa ricorrendo a mezzi civili e militari. L'Unione può avvalersi di tali mezzi in missioni al suo esterno per garantire il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il rafforzamento della sicurezza internazionale (...)". L'attuale PSDC è il risultato di un processo iniziato nel 1999 con la dichiarazione di Colonia, al di fuori del Trattato. Il Trattato di Lisbona ha provveduto alla sua formalizzazione nel diritto primario e attualmente essa è disciplinata dagli articoli da 42 a 46 TUE.

stono in missioni militari o civili destinate ad essere inviate al di fuori del territorio dell'Unione, in zone di crisi internazionale, al fine di dare un contributo concreto per prevenire o gestire situazioni di conflitto, per ristabilire la pace, oppure per aiutare, dopo la fine delle ostilità, la stabilizzazione dell'area¹⁰.

Nell'elaborazione della PSDC i redattori del Trattato hanno dovuto tenere conto di due esigenze, per molti versi contrapposte ma entrambe considerate imprescindibili: da un lato, garantire agli Stati membri che in settori particolarmente sensibili come la sicurezza e la difesa essi non possano essere obbligati a rispettare decisioni o svolgere attività che ritengono contrarie ai propri interessi nazionali; dall'altro, creare comunque un sistema che possa funzionare e continuare a progredire, evitando che il soddisfacimento della prima esigenza si trasformi nella concessione a ogni Stato di un diritto di veto tale da rendere molto difficile se non impossibile l'azione. La ricerca di un compromesso tra queste due esigenze ha portato alla nascita di una PSDC con una forte impronta intergovernativa e caratterizzata da un massiccio ricorso alla flessibilità¹¹.

La stessa creazione di una missione Petersberg avviene passando attraverso due distinti momenti decisionali tra cui solo uno è previsto dal Trattato e si svolge in seno al Consiglio, sfociando nell'adozione dell'atto che istituisce la missione e ne delinea le caratteristiche generali¹². L'altro momento attiene invece alla decisione che ciascuno Stato membro deve prendere a livello nazionale se mettere o meno a disposizione dell'Unione propri uomini o mezzi. Quest'ultima decisione è di fatto preliminare rispetto a quella del Consiglio e definisce in concreto i partecipanti alle operazioni e le risorse a disposizione dell'Unione per svolgerle. Pertanto, le missioni Petersberg, anche se decise dall'Unione e di fatto riconducibili ad essa¹³, sono oggetto di una forma di flessibilità di natura operativa per cui esse non vedono mai la partecipazione di tutti gli Stati membri, ma solo di quelli che, di volta in volta, alla luce delle circostanze specifiche e sulla base di considerazioni evidentemente di carattere nazionale, sono più "interessati" a intervenire.

Oltre a ciò, il Trattato prevede per la PSDC diverse altre forme di flessibilità, che in alcuni casi risultano addirittura ridondanti in quanto sovrapponibili per finalità e funzioni. Esse possono essere distinte in due tipologie, rispettivamente di

¹⁰ Le funzioni che possono svolgere le missioni Petersberg sono elencate dall'art. 43 TUE. Tale elenco è esemplificativo, avendo il Consiglio una piena discrezionalità nel definire natura e finalità delle missioni che istituisce.

¹¹ Considerate l'estrema variabilità se non addirittura ambiguità terminologica presente in dottrina e l'impossibilità, in questo contesto di soffermarsi su tali questioni, si è scelto di utilizzare i termini flessibilità e differenziazione (o più specificamente integrazione differenziata) quali sinonimi per indicare, in generale, tutti quei casi in cui le norme dell'Unione non vengono applicate nello stesso modo da tutti gli Stati membri. Come anticipato, però, tra gli autori non vi è unanimità in merito al rapporto tra questi due termini e tra i relativi concetti. Alcuni autori li considerano sinonimi e quindi sostanzialmente equivalenti. Ad esempio: C. GUILLARD, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2006, p. 7; K. HOLZINGER, F. SCHIMMELFENNING, *Differentiated Integration in the European Union, Many Concepts, Sparse Theory, Few Data*, in *Journal of European Public Policy*, 2012, p. 292 ss., p. 292, e U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, V ed., p. 109 ss. Altri autori invece fanno dei distinguo, come A. CANNONE, *Le cooperazioni rafforzate. Contributo allo studio dell'integrazione differenziata*, Bari, 2005, p. 19, ed E. PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, Bari, 2018, p. 8, nota 26.

¹² Art. 42, par. 4, TUE.

¹³ B. VAN VOOREN, R.A. WESSEL, *EU External Relations Law. Text, Cases and Materials*, Cambridge, 2014, p. 430, definiscono le missioni Petersberg come organi sussidiari *de facto* del Consiglio.

flessibilità *verso il basso* e *verso l'alto*¹⁴, con l'avvertenza però che non sempre tale distinzione è netta.

Le forme di flessibilità *verso il basso*, pur con una certa eterogeneità di caratteri ed effetti, hanno lo scopo di permettere agli Stati di tutelare pienamente la propria sovranità nazionale. Esse si inseriscono nel momento decisionale consentendo a uno o più Stati di non prendervi parte, in modo che questo possa sottrarsi a obblighi valevoli per tutti gli altri e collocarsi di fatto al di sotto del livello di normale attuazione delle disposizioni del Trattato previste per un determinato settore. Queste forme di flessibilità, di solito di portata circoscritta, possono risultare incentrate: sugli impegni a cui permettono di sottrarsi, autorizzando qualsiasi Stato, a determinate condizioni, a non rimanere vincolato a uno specifico atto; oppure sui beneficiari, configurandosi come clausole di *opting-out* concesse a singoli Stati per tutte le attività riguardanti una particolare materia.

Nel primo caso rientra l'*astensione costruttiva*, prevista dall'art. 31, par. 1, TUE, sia per la PESC, sia per la PSDC. Essa consiste in una modalità di astensione dal voto formalizzata in una dichiarazione che produce l'effetto di non impedire l'adozione della decisione anche se questa non vincola gli Stati che si sono astenuti, i quali devono solo evitare ogni azione che possa contrastare o impedire l'appli-

¹⁴ Sulla terminologia utilizzata cfr. C. NOVI, *La politica di sicurezza esterna dell'Unione europea*, Padova, 2005, p. 123, nota 52. Le forme di flessibilità nell'ambito del processo d'integrazione europea sono state classificate in molti modi. La classificazione "classica" (e più risalente) individua tre modalità che si basano su tre differenti criteri (tempo, spazio e materia), ovvero: 1) *l'integrazione a più velocità*, secondo cui, fermo restando la previsione di obiettivi condivisi da tutti gli Stati membri, risulta diversa la velocità con cui ciascuno di essi stabilisce di raggiungerli; 2) *l'integrazione a geometria variabile (o a cerchi concentrici)* in cui a fronte di un gruppo di Stati che partecipa pienamente al processo d'integrazione (cerchio più ampio), ve n'è un altro che non partecipa ad alcune politiche o attività (cerchio più piccolo); 3) *l'Europe à la carte*, in cui ogni Stato sceglie le materie o addirittura le attività a cui prendere parte e quelle invece da cui stare fuori. Per tale classificazione tra gli altri v.: A.C.-G. STUBB, *A Categorization of Differentiated Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, 1996, p. 283 ss.; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La flexibilidad en el Tratado de Amsterdam: especial referencia à la noción de cooperación reforzada*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 1998, p. 205 ss.; R. BASSO, *Cooperazioni rafforzate e relazioni esterne*, in C. BONVICINI, G.L. TOSATO (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, 2003, p. 37 ss., p. 41 ss. Più di recente, alcuni autori hanno ideato forme di classificazioni differenti da quella classica, anche se tutto sommato simili tra loro. M. CONDINANZI, *L'Unione europea tra integrazione e differenziazione*, in *Federalismi.it*, 11 marzo 2015 (reperibile online) e C. GUILLARD, *op. cit.*, p. 24, distinguono rispettivamente tra forme di differenziazione *positiva* e *negativa* o tra *cooperazione più stretta* e *misure derogatorie*. In entrambi il primo termine indica i casi in cui un gruppo di Stati membri decide d'intensificare l'integrazione in determinati settori, vincolandosi a impegni diversi e ulteriori rispetto a quelli valevoli per la totalità degli Stati che fanno parte dell'Unione. Il secondo termine invece indica i casi in cui in una determinata materia uno o più Stati si sottraggono interamente o in parte alle norme comuni valevoli per la generalità degli Stati membri. P. FOIS, *Applicazione differenziata e flessibilità nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 25 ss., parla di *applicazione differenziata* per definire l'insieme dei casi previsti dai trattati in cui viene concesso a "Stati riluttanti" di dissociarsi da determinate scelte accettando solo un livello più basso d'integrazione, e di *cooperazione rafforzata* per identificare i casi in cui si procede all'istituzione, sempre contemplata nei Trattati, di un nuovo meccanismo finalizzato a permettere a gruppi ristretti di Stati membri di dare vita, in determinati settori, a forme di integrazione più intensa. C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, 2007, III ed., p. 368 ss., distinguono tra differenziazione *offensiva* e *difensiva* per indicare rispettivamente la volontà di alcuni Stati di procedere più velocemente in certi settori e la scelta di altri di proteggersi da un processo d'integrazione che ritengono troppo veloce. A queste classificazioni più recenti ci si rifà nel distinguere tra differenziazione verso l'alto e verso il basso.

cazione della decisione stessa. È altresì previsto che se gli Stati che invocano tale forma di astensione sono almeno un terzo del totale e rappresentano almeno un terzo della popolazione complessiva dell'Unione, la decisione non possa essere adottata. L'astensione costruttiva, oltre a tutelare la sovranità dello Stato astenuto, svolge anche l'ulteriore funzione di temperare il rigore dell'unanimità laddove questa sia prevista come criterio per l'adozione degli atti e facilitare così il processo decisionale. Essa è possibile solo per singole decisioni del Consiglio dell'Unione europea e non per quelle del Consiglio europeo; circostanza questa che conferma la sua natura episodica e la esclude per le decisioni di carattere strategico¹⁵.

Nell'ambito della politica di sicurezza e di difesa comune, l'astensione costruttiva assume una rilevanza, tutto sommato, limitata. In generale, infatti, essa risulta utile quando uno o più Stati membri, pur supportando una decisione dell'Unione, non vogliono prendere parte alla sua attuazione. Come anticipato, però, nel caso particolare della PSDC e della costituzione delle missioni Petersberg, ogni Stato, anche se partecipa alla votazione in Consiglio, è comunque libero di scegliere se inviare o meno propri contingenti e quindi se prendere parte all'attività prevista della decisione che ha contribuito a far adottare. In tale contesto, l'astensione costruttiva ha comunque un'utilità concreta, consistente nel permettere agli Stati che vi ricorrono di non partecipare al finanziamento delle operazioni¹⁶.

Nel secondo caso rientra la clausola di *opting-out* concessa alla Danimarca dal Consiglio europeo di Edimburgo del dicembre 1992 e attualmente prevista dall'art. 5 del Protocollo n. 22 allegato al Trattato di Lisbona. In base a tale clausola, la Danimarca non partecipa all'elaborazione e all'attuazione delle decisioni e delle azioni dell'Unione che riguardano l'impiego delle forze armate¹⁷. L'esclusione è automatica e permanente in quanto la Danimarca non può decidere volta per volta se far valere o meno la clausola. Una sua partecipazione piena alla PSDC sarebbe possibile solo se essa invocasse l'art. 7 del Protocollo e quindi notificasse agli altri Stati membri, conformemente alle proprie norme costituzionali, la volontà di rinunciare completamente al suo diritto di esclusione¹⁸.

¹⁵ Cfr. S. GRAF VON KIELMANSEGG, *The Common Foreign and Security Policy. A Pool of Flexibility Models*, in T. GIEGERICH, D. C. SCHMITT, S. ZEITZMANN (eds.), *Flexibility in EU and Beyond*, Baden-Baden, 2017, p. 139 ss.

¹⁶ L'art. 41, par. 2, TFUE prevede espressamente che per quanto riguarda le spese che hanno implicazioni nel settore militare o della difesa, gli Stati che presentano una dichiarazione di astensione costruttiva non siano obbligati a contribuire al loro finanziamento.

¹⁷ L'esclusione riguarda le decisioni del Consiglio dell'Unione europea e del Consiglio europeo. Da parte sua, la Danimarca s'impegna a non impedire agli altri Stati membri di sviluppare ulteriormente la loro cooperazione in materia militare.

¹⁸ A completamento di quanto descritto, va aggiunto che, nonostante alcune indicazioni in questo senso da parte della dottrina (come ad es. S. GRAF VON KIELMANSEGG, *The Common Foreign and Security Policy*, cit., p. 155), non si ritiene presenti le caratteristiche di una ulteriore e distinta clausola di flessibilità la c.d. *Irish Clause* prevista nell'art. 42, par. 2, TUE, secondo la quale l'Unione non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e difesa di alcuni Stati membri. Tale clausola, che comunque evidenzia ulteriormente il carattere frammentario della disciplina della PSDC, è stata inserita con il Trattato di Maastricht per tenere conto delle specificità degli Stati membri aventi uno status di neutralizzazione, tra cui anzitutto l'Irlanda (ma anche Austria, Svezia e Finlandia), permettendo loro di non partecipare ad attività aventi implicazioni militari. Data però la vaghezza della formulazione e il suo inserimento in un contesto caratterizzato dall'assenza di qualsiasi obbligo in merito alla concreta partecipazione alle missioni Petersberg, si può ritenere che la *Irish Clause* si limiti a richiamare la

Le forme di flessibilità *verso l'alto* riguardano per lo più l'esigenza di facilitare e rendere più dinamico il processo d'integrazione europea. Esse, in termini molto generali, hanno lo scopo di permettere a un'avanguardia di Paesi di accelerare o approfondire l'integrazione in determinati settori, accettando ulteriori impegni rispetto a quelli valevoli per la collettività degli Stati membri. Tali forme di flessibilità assumono di solito una natura stabile e una strutturazione che, seguendo le procedure predisposte dai Trattati, si concretizzano quasi sempre in una produzione normativa *ad hoc*. Quelle presenti della PSDC sono state tutte inserite con il Trattato di Lisbona e consistono nelle cooperazioni rafforzate e nella cooperazione strutturata permanente¹⁹.

3. Le cooperazioni rafforzate assumono una rilevanza piuttosto limitata nell'ambito della politica di sicurezza e di difesa comune.

Tale meccanismo è stato introdotto nell'Unione con il Trattato di Amsterdam allo scopo di permettere a gruppi di Stati membri di utilizzare il quadro istituzionale e giuridico dell'Unione per creare fra loro forme di cooperazione particolarmente avanzate in specifici settori d'attività, che si caratterizzano per essere stabili, destinate a durare nel tempo e aperte in qualsiasi momento a tutti gli Stati membri. Originariamente, l'intero settore della politica estera e di sicurezza comune era stato escluso dalla possibilità d'istituire cooperazioni rafforzate. Il Trattato di Nizza

neutralità come una ragione che può portare uno Stato membro a decidere di non partecipare all'elaborazione delle suddette missioni, senza conferire ulteriori e specifiche prerogative.

¹⁹ Rientra altresì nel quadro generale di frammentazione della PSDC, anche se, ancora una volta, si ritiene non assuma in pieno le caratteristiche di una forma di flessibilità, quanto contenuto nell'art. 44 TUE, secondo cui il Consiglio può decidere di affidare la realizzazione di una missione Petersberg a un gruppo di Stati membri che desiderano attuarla e che dispongono le capacità necessarie, i quali dovrebbero agire in associazione con l'Alto Rappresentante e accordarsi con esso circa la gestione della missione. Sempre l'art. 44 TUE prevede inoltre che gli Stati che compiono la missione tengano costantemente informato il Consiglio sull'andamento delle operazioni e investano quest'ultimo di qualsiasi situazione nuova e di ampia portata o della necessità di modificare le finalità della missione (cosa che imporrebbe al Consiglio di adottare nuove decisioni). Tale disposizione è stata concepita come mezzo per velocizzare le risposte in materia militare e della difesa (cfr. Council Conclusion on Common Security and Defence Policy, 25 novembre 2013, doc. n. 15992/13, p. 9) anche se, almeno finora, non ha mai trovato attuazione. A prima vista essa sembrerebbe introdurre un'ulteriore forma di flessibilità, episodica e di tipo operativo; tuttavia una tale lettura non permetterebbe di distinguere quanto previsto dalla disposizione in oggetto da quanto accade normalmente nella PSDC, dato che, come visto in precedenza, tutte le missioni Petersberg sono realizzate da gruppi di Stati membri. Alla luce di ciò, l'art. 44 TUE acquisisce un proprio autonomo rilievo solo se quanto in esso previsto viene considerato una forma di delega attraverso cui il Consiglio autorizza gruppi di Stati membri a creare *Coalition of the Willing* che, attraverso procedure meno stringenti rispetto a quelle create sulla base dell'art. 43 TUE, diano vita ad operazioni in un certo modo svolte sotto la supervisione dell'Unione, ma senza essere ad essa direttamente riconducibili. A tale proposito, parla di delega del Consiglio a un gruppo di Stati U. VILLANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 9 ss., p. 20. Similmente, benché con diverse sfumature v. anche S. GRAF VON KIELMANSEGG, *The Common Foreign and Security Policy*, cit., p. 154. Nel senso invece di considerare le missioni realizzate sulla base dell'art. 44 TUE come missioni a pieno titolo dell'Unione T. TARDY, *In Group We Trust, Implementing Article 44, of the Lisbon Treaty*, European Union Institute for Security Studies, ottobre, 2014, p. 2 (reperibile *online*).

Un'ulteriore forma di flessibilità *sui generis*, in quanto originata al di fuori dei Trattati e solo in un secondo momento "utilizzata" dall'Unione, può essere considerata quella prevista dall'art. 43, par. 3 TUE. Secondo tale disposizione gli Stati membri che hanno costituito tra loro delle forze multinazionali possono decidere di metterle a disposizione delle istituzioni per l'attuazione della politica di sicurezza e di difesa comune, potendo così essere utilizzate per singole missioni Petersberg. In merito v. ancora U. VILLANI, *Gli sviluppi*, cit., p. 20.

ha esteso tale possibilità alla PESC, con l'esclusione però della PSDC²⁰. Infine il Trattato di Lisbona ha eliminato quest'ultima limitazione²¹.

Le cooperazioni rafforzate rappresentano un'eccezione ai principi di unità e simultaneità del processo d'integrazione²², configurandosi come una modalità d'azione alternativa a quest'ultimo, a cui ricorrere come *extrema ratio*²³ per perseguire obiettivi particolarmente ambiziosi che non si riuscirebbero a raggiungere coinvolgendo, almeno fin dall'inizio, tutti gli Stati membri o per superare situazioni di *impasse* realizzando qualche progresso in settori che altrimenti rimarrebbero immobili²⁴. Si tratta però di una concessione fatta nell'ottica che la situazione di differenziazione che si viene a creare sia, tutto sommato, temporanea. Ogni cooperazione rafforzata infatti, dovrebbe, almeno in teoria, produrre un *effetto traino* tale da

²⁰ Sulle modifiche introdotte con il Trattato di Nizza v. tra gli altri: L.S. ROSSI, *Cooperazione rafforzata e Trattato di Nizza, quali geometrie variabili per l'Europa allargata?*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Milano, 2003, p. 41 ss.

²¹ Secondo S. GRAF VON KIELMANSEGG, *The Common Foreign and Security Policy*, cit., p. 144, tale esclusione trova spiegazione nel timore di alcuni Stati membri che l'utilizzo di un simile strumento in ambiti così sensibili potesse dare luogo a una accelerazione dell'integrazione che, riguardando solo alcuni Stati, non risultasse pienamente controllabile dagli altri. Tale timore si è ripresentato anche con la cooperazione strutturata permanente.

²² H.-J. BLANKE, *Article 20 [Enhanced Cooperation]*, in H.-J. BLANKE, ST. MANGIAMELI (eds.), *op. cit.*, p. 787 ss., p. 794. Cfr. anche G. GAJA, *La cooperazione rafforzata*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 61 ss., p. 63, che, in riferimento al rapporto tra la cooperazione rafforzata e i principi di unità e uniformità del processo d'integrazione, parla di *dissonanza*.

²³ Cfr. U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 114.

²⁴ Finora sono state istituite quattro cooperazioni rafforzate, che hanno riguardato: la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali, con riferimento ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate (decisione 2016/954/UE); il diritto applicabile in materia di divorzio e separazione legale (decisione 2010/405/UE); l'istituzione di una tutela brevettuale unitaria (decisione 2011/167/UE); la creazione di un'imposta comune sulle transazioni finanziarie (decisione 2013/52/UE). M. CON-DINANZI, *op. cit.*, p. 18 ss. ritiene che le vicende legate ai quattro casi citati evidenzino come il meccanismo in parola sia stato invariabilmente utilizzato come una sorta di *escamotage* a cui ricorrere in quei settori nei quali i Trattati richiedevano l'unanimità, quando questa non poteva essere raggiunta e allo scopo di disciplinare ugualmente il settore lasciando fuori gli Stati riluttanti o comunque contrari. In questo modo, sempre secondo questo A., la cooperazione rafforzata avrebbe prodotto lo stesso effetto di una clausola di *opting-out*, concretizzandosi più in un elemento di frammentazione che di impulso all'integrazione. Va però aggiunto che su un tale modo di procedere si è espressa la Corte di giustizia in termini sostanzialmente favorevoli. Chiamata a valutare se quanto descritto potesse configurarsi come un'indebita elusione del requisito dell'unanimità e uno sviamento di potere, la Corte ha di fatto legittimato l'uso della cooperazione rafforzata come mezzo per risolvere situazioni di *impasse* dovute non solo alla volontà di alcuni Stati di non partecipare all'elaborazione di una determinata disciplina, perché non ancora pronti o per una mancanza d'interesse nella stessa, ma anche all'incapacità di trovare un accordo unanime sul contenuto sostanziale di questa. Secondo i giudici, infatti, utilizzare la cooperazione rafforzata per superare questo tipo di ostacolo è comunque un modo per contribuire al processo di integrazione. Sentenza della Corte di giustizia del 16 aprile 2013, cause riunite C-274 e 295/11, *Spagna e Italia c. Consiglio*, punti da 33 a 37. Su tale sentenza v. E. PISTOIA, *Enhanced Cooperation as a Tool to ... Enhanced Integration?, Spain and Italy v. Council*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 247 ss., e U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 114 ss. Cfr. in argomento anche le osservazioni espresse da E. PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata*, cit., p. 40, che parla di *cooperazione rafforzata conflittuale* per indicare proprio l'istituzione di una forma di differenziazione che, richiedendo (nei settori di stampo comunitario) la maggioranza, può essere decisa contro la volontà di uno o più Stati membri (che ovviamente non riescano a formare una minoranza di blocco). In senso favorevole a questo utilizzo delle cooperazioni rafforzate anche E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, p. 33.

riuscire, con il tempo, a coinvolgere tutti gli Stati membri, ristabilendo così l'unità del processo d'integrazione.

La disciplina delle cooperazioni rafforzate si articola in una disposizione generale, prevista dall'art. 20 TUE e in disposizioni di carattere più specifico contenute negli articoli da 326 a 334 TFUE. I settori che possono diventare oggetto di una cooperazione rafforzata non sono stabiliti dal Trattato, ma lasciati alla determinazione degli Stati; vi sono però requisiti da soddisfare e limiti da rispettare. Per quanto riguarda i requisiti, le cooperazioni rafforzate; *a*) devono essere create da almeno nove Stati membri; *b*) devono riguardare esclusivamente materie di competenza non esclusiva dell'Unione²⁵; *c*) devono comunque essere finalizzate a promuovere gli obiettivi di quest'ultima, a proteggerne gli interessi e a rafforzare il processo di integrazione. I limiti prevedono che le cooperazioni rafforzate: *a*) non debbano arrecare pregiudizio al mercato comune e alla coesione sociale e territoriale; *b*) non possano costituire un ostacolo o creare discriminazioni per gli scambi tra gli Stati membri o provocare distorsioni della concorrenza; *c*) debbano rispettare i Trattati e il diritto dell'Unione. Il limite più importante è dato dalla c.d. regola dell'*ultima istanza*, secondo la quale una cooperazione rafforzata può essere autorizzata solo se si ritiene impossibile che, in un tempo ragionevole, gli stessi obiettivi possano essere utilmente perseguiti da tutti gli Stati membri.

Per quanto riguarda le procedure da seguire, gli Stati che intendono instaurare una cooperazione rafforzata, in particolare nei settori della PESC e della PSDC, devono presentare una richiesta al Consiglio. Tale richiesta è trasmessa all'Alto Rappresentante, che deve dare il proprio parere sulla coerenza della cooperazione con la politica estera e di sicurezza comune; alla Commissione, che invece si esprime sulla coerenza della stessa con le altre politiche dell'Unione; e al Parlamento europeo, a cui viene inviata solo per conoscenza. L'autorizzazione a istituire una cooperazione rafforzata è concessa dal Consiglio, che delibera all'unanimità (a differenza dei settori di stampo comunitario, in cui è sufficiente la maggioranza)²⁶.

Come anticipato, con il Trattato di Lisbona è diventato teoricamente possibile instaurare cooperazioni rafforzate anche nell'ambito della PSDC. Tuttavia in un tale contesto, già ampiamente flessibile, la previsione di un ulteriore meccanismo di differenziazione, peraltro gravato da procedure complesse e requisiti piuttosto stringenti, non sembra apportare alcun reale vantaggio. Ciò anche alla luce del fatto che lo stesso Trattato di Lisbona ha introdotto nella PSDC una forma di differenziazione per molti aspetti simile, ma più specifica, come appunto la cooperazione strutturata permanente²⁷.

²⁵ Com'è stato opportunamente notato le cooperazioni rafforzate non possono essere instaurate nelle materie di competenza esclusiva dell'Unione perché ciò significherebbe una riappropriazione da parte di alcuni Stati di una competenza che essi non hanno più il potere di esercitare in via unilaterale. Così A. CANNONE, *op. cit.*, p. 96.

²⁶ Art. 329, par. 2, TFUE.

²⁷ Non a caso non è stata creata alcuna cooperazione rafforzata né nella PESC, né nella PSDC. Peraltro, si deve aggiungere che, in tali ambiti, lo strumento della cooperazione rafforzata forse è giunto troppo tardi. Basti pensare a tale proposito che l'astensione costruttiva è stata introdotta nella PESC con il Trattato di Amsterdam proprio come alternativa alla cooperazione rafforzata, all'epoca esclusa per quel settore. Cfr. C. Novi, *La politica di sicurezza esterna*, cit., p. 123, nota 52.

4. La cooperazione strutturata permanente è forse la principale novità introdotta con il Trattato di Lisbona in materia di difesa²⁸. Essa si presenta come una forma particolare di cooperazione rafforzata rivolta a quegli Stati membri “(...) che rispondono a criteri più elevati in termini di capacità militari e che hanno sottoscritto impegni più vincolanti in materia ai fini delle missioni più impegnative (...)”²⁹. La PESCO condivide però solo alcuni caratteri con le cooperazioni rafforzate, distinguendosi per altri. Come queste ultime essa è a lungo termine (anche se, va sottolineato, le cooperazioni rafforzate sono comunque concepite come a termine, mentre la PESCO, come evidenzia il suo stesso nome, è permanente); è finalizzata a promuovere gli obiettivi generali dell’Unione e a rafforzare la cooperazione nel settore in cui si colloca ed è integrata nel quadro istituzionale dei Trattati. Gli elementi di differenziazione sono più numerosi e consistono: *a*) nella sua unicità e specificità (può essere creata una sola cooperazione strutturata permanente, solo nell’ambito della PSDC e con obiettivi e contenuti predeterminati dal diritto primario³⁰); *b*) nell’assenza di limiti quantitativi (non è previsto un numero minimo di Stati); *c*) nell’assenza della regola dell’ultima istanza; *d*) nelle possibilità di sospensione e di recesso per gli Stati partecipanti (la sospensione e il recesso non sono possibili nelle cooperazioni rafforzate). Inoltre, rispetto all’istituzione di una cooperazione rafforzata che, come visto, nella PESC e la PSDC richiede l’unanimità del Consiglio e procedure piuttosto articolate, la nascita della cooperazione strutturata permanente avviene a maggioranza e in modo più semplice³¹.

La principale differenza tra le due forme di cooperazione risiede però nel rapporto che, una volta istituite, esse instaurano con il contesto nel quale sono chiamate ad operare. A differenza di quanto accade con le cooperazioni rafforzate, considerate modalità d’azione eccezionali ed alternative rispetto al normale processo d’integrazione³², la PESCO risulta pienamente integrata nella PSDC, presentandosi come lo strumento a cui ricorrere per perseguire gli obiettivi di quest’ultima e sviluppare al meglio il suo potenziale nel settore della difesa³³.

A tal fine, risultano cruciali due aspetti che i redattori del Trattato hanno cercato di tenere in equilibrio, non senza qualche ambiguità: da un lato l’*ambizione*, stabilendo per la PESCO obblighi più stringenti rispetto a quelli normalmente previsti nell’ambito della politica di sicurezza e di difesa comune, in modo da dare un nuovo impulso all’integrazione in materia di difesa. Dall’altro l’*inclusività*, favorendo il

²⁸ In generale sulle novità del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza cfr. U. VILLANI, *Gli sviluppi*, cit., p. 9 ss.

²⁹ Art. 42, par. 6, TUE.

³⁰ Molti autori sottolineano come la cooperazione strutturata permanente sia più simile all’unione economica e monetaria che alla cooperazione rafforzata. Ad esempio S. GRAF VON KIELMANSEGG, *Article 46*, cit., p. 1291, e A. HAMONIC, *La coopération structurée permanente: un dispositif procédural de trop?*, in *Revue de l’Union européenne*, 2014, p. 296 ss., p. 272. A tale proposito si può ricordare che nell’aprile del 2003, durante un summit tra Francia, Germania, Belgio e Lussemburgo, fu elaborato un documento che proponeva la creazione di una Unione europea di sicurezza e difesa (*European Union of Security and Defence – UESD*), attraverso un processo simile a quello che aveva portato all’introduzione dell’euro. Cfr. J. HOWORTH, *The European Draft Constitutional Treaty and the Future of the European Defence Initiative: A Quest of Flexibility*, in *European Affairs Review*, 2004, p. 483 ss., 486 ss.

³¹ Per la costituzione di cooperazioni rafforzate nella PESC v. *supra*, par. 3. Per la procedura da seguire per dare vita alla cooperazione strutturata permanente v. *infra*, nel corso del presente paragrafo. In argomento v. anche A. HAMONIC, *op. cit.*, p. 273.

³² V. in merito *supra*, par. 3.

³³ Cfr. ancora S. GRAF VON KIELMANSEGG, *Article 46*, cit., p. 1292.

più possibile l'adesione degli Stati membri, sulla base dell'assunto che affinché la cooperazione strutturata permanente possa realmente agire da stimolo per il progresso della difesa europea è necessario che essa raggiunga la più ampia partecipazione possibile³⁴.

Più specificamente, per tenere conto dell'aspetto dell'ambizione è stato previsto che gli Stati intenzionati a partecipare alla PESCO debbano sottoscrivere due *obiettivi* e una serie di *impegni* giuridicamente vincolanti³⁵. Allo stesso tempo però, per favorire l'inclusività, sia gli obiettivi, sia gli impegni sono stati negoziati da tutti gli Stati membri durante la redazione del Trattato di Lisbona e inseriti nel Protocollo n. 10, in modo da evitare che alcuni di essi potessero essere considerati inaccettabili a priori, favorendo così una percezione più favorevole del meccanismo³⁶. Inoltre, sempre per suscitare l'interesse del maggior numero possibile di Stati, gli impegni sono stati formulati in termini piuttosto generici e spesso più come obblighi di comportamento che di risultato, rinviando al momento della concreta attuazione della PESCO la loro specificazione in veri e propri criteri di partecipazione³⁷.

Gli obiettivi sono definiti dall'art. 1 del Protocollo n. 10 e in buona parte riprendono quanto già previsto dall'art. 42, par. 3, TUE. Essi prevedono che gli Stati debbano: *a*) procedere più intensamente nello sviluppo delle proprie capacità militari e di difesa, attraverso il rafforzamento dei singoli contributi nazionali, oppure partecipando, se del caso, a forze multinazionali, a programmi europei di equipaggiamento e all'attività dell'Agenzia europea di difesa nel settore dello sviluppo delle capacità, della ricerca, dell'acquisizione e degli armamenti³⁸ e *b*) fornire in modo

³⁴ Ben prima che la PESCO venisse concretamente attuata, la dottrina aveva sottolineato come il numero degli Stati partecipanti fosse il vero elemento cruciale. Un'avanguardia troppo esclusiva, composta da pochi membri, probabilmente avrebbe ottenuto risultati più immediati e sicuramente migliori ma avrebbe creato un divario all'interno dell'Unione europea, tra gli Stati disposti a impegnarsi maggiormente nel settore della difesa e gli altri. Ancora peggiori sarebbero state le conseguenze se gli Stati formanti questa avanguardia fossero risultati essere i c.d. grandi, quali Francia, Germania, Spagna, Italia e Polonia, in quanto si sarebbe venuta a determinare una, certamente non auspicabile, contrapposizione con gli Stati più piccoli. Però anche in caso di partecipazione particolarmente estesa si potevano venire a creare dei problemi, come ad esempio quello di rendere la PESCO inefficace, essendo di fatto impossibile far assumere a un numero troppo elevato di Stati impegni particolarmente stringenti. In argomento S. BISCOP, *Permanent Structured Cooperation and the Future of the ESDP: Transformation and Integration*, in *European Foreign Affairs Review*, 2008, p. 431 ss., p. 433.

³⁵ L'art. 42, par. 6, TUE fa riferimento ad impegni più vincolanti rispetto evidentemente a quelli che caratterizzano la politica di sicurezza e di difesa comune. Ciò secondo la maggioranza della dottrina comporta che tali impegni debbano considerarsi giuridicamente vincolanti. V. ancora S. GRAF VON KIELMANSEGG, *Article 46*, cit., p. 1295.

³⁶ Cfr. S. BISCOP, J. COELMONT, *Permanent Structured Cooperation in Defence: Building Effective European Armed Forces*, Bruges Political Research Papers, n. 15, settembre 2010, p. 4 (reperibile online).

³⁷ In merito v. *infra*, par. 5.

³⁸ L'art. 42, par. 3, TUE già prevede che tutti gli Stati membri debbano impegnarsi a migliorare progressivamente le loro capacità di difesa, anche operando nell'ambito dell'Agenzia europea per la difesa. A tal fine nel 2003 è stato creato il meccanismo di sviluppo delle capacità (*Capability Development Mechanism*) per incoraggiare e aiutare gli Stati membri a migliorare i loro apparati militari. Esso dovrebbe individuare le capacità necessarie all'Unione, valutare i contributi nazionali attualmente concessi e cercare di trovare possibili rimedi alle carenze esistenti, anche nel quadro dei rapporti tra l'Unione europea e la NATO. Tale meccanismo non prevede alcun obbligo per gli Stati e probabilmente per questo non ha ottenuto risultati significativi. Cfr. anche S. BISCOP, J. COELMONT, *op. cit.*, p. 3. L'Agenzia europea per la difesa è espressamente prevista dall'art. 45 TUE ed è stata concretamente istituita con la

tempestivo unità di combattimento, configurate come gruppi tattici, da impiegare per dare vita alle missioni Petersberg più impegnative e per rispondere alle richieste delle Nazioni Unite³⁹. I due obiettivi sono strettamente correlati, in quanto il primo risulta inevitabilmente presupposto per il secondo. Dato che le missioni Petersberg sono costituite con contingenti forniti dagli Stati membri, il rafforzamento delle capacità militari nazionali rappresenta un elemento imprescindibile per ogni Stato che desideri impegnarsi maggiormente in tali missioni.

Gli impegni che gli Stati devono assumere per perseguire gli obiettivi descritti sono elencati dall'art. 2 del Protocollo n. 10. Essi riguardano cinque ambiti, tutti relativi al miglioramento delle capacità, delineando così una PESCO orientata a creare i presupposti per migliorare l'operatività della PSDC nel quadro delle missioni disciplinate dall'art. 43 TUE e non a permettere lo sviluppo di distinte "operazioni PESCO"⁴⁰.

Agli Stati che intendono partecipare alla PESCO viene chiesto di: *a)* collaborare per conseguire obiettivi concordati relativi al livello delle spese per gli investimenti in materia di equipaggiamenti per la difesa (di fatto viene richiesto agli Stati di aumentare il proprio bilancio della difesa); *b)* ravvicinare per quanto possibile i loro strumenti di difesa, in particolare armonizzando l'identificazione dei bisogni militari, mettendo in comune i mezzi e la capacità di difesa e promuovendo la cooperazione in settori quali la formazione e la logistica; *c)* prendere misure concrete

decisione 2011/411/PESC del Consiglio, del 12 luglio 2012. Si tratta di un ente aperto agli Stati membri che desiderano entrare a farne parte per svilupparne le proprie capacità di difesa da un punto di vista tecnologico, industriale e della ricerca, e per dare vita a una cooperazione in materia di armamenti. Attualmente fanno parte dell'Agenzia europea per la difesa tutti gli Stati membri tranne la Danimarca.

³⁹ Anche in questo caso si tratta di impegni già previsti, anche se in modo più generico, dall'art. 42, par. 3, TUE. I gruppi tattici (*Battlegroups*), consistono in contingenti militari di circa 1.500 uomini capaci di coprire, con interventi rapidi, l'intera gamma di missioni Petersberg. Essi sono nati da un'iniziativa anglo-francese del 2003 e sono diventati operativi nel 2007, anche se, a quanto risulta, almeno finora essi non sono mai stati utilizzati. I gruppi tattici possono essere formati da uomini di un unico Stato o avere natura multinazionale.

⁴⁰ Nel progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, elaborato dalla Convenzione europea, era previsto che il Consiglio potesse chiedere agli Stati che partecipavano alla cooperazione strutturata (come era definita in quel documento) di realizzare una missione Petersberg (art. III-213.4, CONV 850/03, del 18 luglio 2003). Ciò avrebbe reso la PESCO un meccanismo per permettere ai suoi partecipanti di decidere e realizzare missioni militari a nome dell'Unione, in piena autonomia. Tale previsione ha però sollevato obiezioni da parte degli Stati maggiormente "atlantisti" (prima fra tutti la Gran Bretagna, ma anche l'Olanda). Pertanto durante i lavori della Conferenza intergovernativa che ha portato al testo definitivo del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, nel novembre 2003, tale possibilità è stata eliminata (dall'articolo nel frattempo diventato III-312) e, successivamente, nel dicembre dello stesso anno, all'art. I-41, par. 6, è stata aggiunta la frase secondo cui la cooperazione strutturata permanente "(...) lascia impregiudicato l'art. III-309" (relativo alle missioni Petersberg). Questa stessa disposizione è stata poi ripresa dall'art. 42, par. 6, TUE del Trattato di Lisbona dove si legge che la PESCO "(...) lascia impregiudicato l'art. 43". Alla luce degli accadimenti brevemente descritti, quest'ultimo riferimento viene comunemente letto nel senso di impedire agli Stati partecipanti alla cooperazione strutturata permanente di dare vita a operazioni di gestione delle crisi nell'ambito della PESCO. S. GRAF VON KIELMANSEGG, *Permanent Structured Cooperation: A New Mechanism of Flexibility*, in H.-J. BLAKE, ST. MANGIAMELI (eds.), *The European Union after Lisbon*, Berlin, 2012, p. 551 ss., p. 557. V. anche A. HAMONIC, *op. cit.*, p. 276 e J. HORRORTH, *op. cit.*, p. 486 ss. Più possibilisti, invece, sembrano D. FIOTT, A. MISSIROLI, T. TARDY, *Permanent Structured Cooperation: What's in a Name?*, Chaillot Paper n. 142, novembre 2017, p. 28 ss. (reperibile *online*) che, pur senza rivendicare espressamente eventuali "operazioni PESCO", ritengono comunque che il riferimento fatto nell'art. 42, par. 6, TUE alle "missioni più impegnative", conferisca alla cooperazione strutturata permanente una dimensione operativa, peraltro considerata essenziale per garantire a quest'ultima il necessario grado di ambizione.

per rafforzare la disponibilità (intesa come volontà politica degli Stati partecipanti di mettere a disposizione dell'Unione le proprie capacità militari per dare vita alle missioni Petersberg), l'interoperabilità (la capacità dei contingenti dei vari Stati di lavorare insieme), la flessibilità (l'attitudine dei contingenti nazionali a svolgere diversi tipi di missioni) e la schierabilità (l'abilità, anche logistica, di raggiungere e muoversi nel teatro delle operazioni); *d*) cooperare per colmare le lacune nel quadro del meccanismo di sviluppo delle capacità; *e*) partecipare, se del caso, allo sviluppo di programmi di equipaggiamento nel quadro dell'Agenzia europea per la difesa⁴¹.

La procedura per l'istituzione della PESCO è disciplinata dall'art. 46 TUE in modo da frapporre il minor numero possibile di vincoli o barriere agli Stati interessati a partecipare. Questi devono solo sottoscrivere gli impegni previsti dal Protocollo n. 10 e notificare l'intenzione di attivare la PESCO al Consiglio e all'Alto Rappresentante. Il Consiglio, entro tre mesi e previa consultazione dell'AR, a maggioranza, "(...) adotta una decisione che istituisce la cooperazione strutturata permanente (...)"⁴². L'uso dell'indicativo porta a ritenere che il Consiglio non abbia pressoché alcun margine di discrezionalità riguardo l'emanazione della decisione, potendo solo operare un controllo formale sulla corrispondenza tra quanto notificato dagli Stati e gli impegni previsti dal Protocollo. Esso in particolare non può né sindacare sull'opportunità di procedere all'istituzione della PESCO, né valutare l'esistenza di possibili alternative che coinvolgano tutti gli Stati. In merito va infatti ricordato che la cooperazione strutturata permanente è stata direttamente ed espressamente prevista dal Trattato come uno strumento idoneo a perseguire gli obiettivi della PSDC e che, a differenza di quanto accade per le cooperazioni rafforzate, nella PESCO non è previsto il criterio dell'ultima istanza.

L'art. 46 TUE disciplina anche i casi di sospensione e di recesso. Per quanto riguarda il primo, se dopo l'istituzione della cooperazione strutturata permanente uno Stato non riesce più a soddisfare i criteri o non può più assolvere gli impegni sottoscritti, esso può essere sospeso dal Consiglio (che decide a maggioranza degli Stati partecipanti alla PESCO, senza ovviamente lo Stato interessato). Invece, se uno Stato decide di recedere volontariamente è sufficiente che lo notifichi al Consiglio, il quale a sua volta si limiterà a prenderne atto.

Sempre l'art. 46 TUE prevede la possibilità che uno Stato decida di partecipare alla PESCO dopo che questa è già stata istituita. Anche in questo caso è sufficiente che lo Stato notifichi la propria intenzione al Consiglio e all'Alto Rappresentante, naturalmente dopo aver sottoscritto gli impegni previsti dal Protocollo n. 10. Il Consiglio deve quindi emanare una decisione, a maggioranza degli Stati già parte della PESCO, che confermi tale partecipazione. Come nel caso della decisione d'istituzione, si deve ritenere che il Consiglio goda di una discrezionalità molto limitata, avendo solo il potere di effettuare una verifica formale dell'idoneità dello Stato a soddisfare gli impegni previsti, e non quello di sindacare la sua scelta.

Si deve quindi concludere che ciascuno Stato (che soddisfi i requisiti) gode di un vero e proprio *diritto* di partecipare alla PESCO in qualsiasi momento, così come gode del diritto di uscirne, quando lo desidera.

Infine, va ricordato che tutte le decisioni o raccomandazioni relative al normale funzionamento della cooperazione strutturata permanente, diverse da quelle

⁴¹ Sul meccanismo di sviluppo delle capacità e sull'Agenzia europea per la difesa v. *supra*, nota n. 38.

⁴² Art. 46, par. 2, TUE.

descritte in precedenza, sono adottate dal Consiglio PESCO all'unanimità degli Stati partecipanti⁴³.

5. Il processo per l'attuazione della PESCO è formalmente iniziato nel dicembre 2016 quando il Consiglio europeo, dopo aver sottolineato la necessità di un rafforzamento dei settori della sicurezza e della difesa, ha chiesto all'Alto Rappresentante di presentare proposte per l'implementazione di una serie di strumenti, tra cui la cooperazione strutturata permanente⁴⁴. Contestualmente, i capi di Stato e di governo hanno specificato che quest'ultima avrebbe dovuto avere carattere inclusivo ma anche modulare e si sarebbe dovuta basare su un elenco comune di impegni vincolanti il cui rispetto sarebbe stato monitorato da specifici meccanismi di valutazione⁴⁵.

Il 13 novembre 2017, conformemente a quanto previsto dall'art. 46 TUE, 23 Stati membri hanno notificato al Consiglio e all'Alto Rappresentante la loro volontà di istituire la PESCO⁴⁶. A tale notifica il 7 dicembre se ne sono aggiunte altre due portando il numero degli aspiranti partecipanti a 25⁴⁷. In seguito a ciò, e sulla base

⁴³ Art. 46, par. 6, TUE.

⁴⁴ Secondo i redattori del Trattato di Lisbona la PESCO si sarebbe dovuta concretizzare subito dopo l'entrata in vigore del nuovo Trattato. Ciò si evince dal secondo obiettivo predisposto dall'art. 1 del Protocollo n. 10, secondo cui gli Stati partecipanti avrebbero dovuto essere in grado di fornire i propri contingenti militari "(...) al più tardi nel 2010" e dal riferimento contenuto nel primo degli impegni elencati nell'art. 2 dello stesso a iniziare a cooperare per l'aumento del livello di spese in materia militare "(...) dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (...)". Invece, si è dovuta aspettare l'iniziativa di Francia e Germania (seguita ad alcuni tentativi precedenti, tutti falliti, prima del Belgio; poi di Polonia, Germania e Francia; infine di Spagna e Italia), che in una dichiarazione del 27 giugno 2016 (*Une Europe forte dans un monde incertain*) hanno, tra le altre cose, affermato la necessità di un maggiore impegno in materia di difesa e sicurezza comune, comprendente anche l'attuazione della cooperazione strutturata permanente. A questa dichiarazione, l'11 settembre 2016 ne ha fatto seguito un'altra (*Revitalisation de la PSDC – Vers une défense au sein de l'UE globale, réaliste et crédible*) in cui Francia e Germania hanno espressamente proposto l'attuazione della cooperazione struttura permanente, considerando quest'ultima come uno strumento in grado di rinforzare la politica di sicurezza e di difesa comune nell'interesse di tutti gli Stati membri. In quest'ultimo documento si è tracciata anche una "tabella di marcia" che prevedeva una prima discussione preliminare tra gli Stati membri dell'Unione nella riunione informale dei Ministri della difesa del 26 e 27 settembre 2016 a Bratislava; una decisione da adottare durante la riunione dei Ministri della difesa, del 15 novembre 2016, per arrivare infine al Consiglio europeo del dicembre 2016 per l'approvazione del lavoro fatto e per dare il necessario impulso politico all'attuazione vera e propria.

⁴⁵ Conclusioni del Consiglio europeo del 15 dicembre 2016, punto 11 e conclusioni del Consiglio europeo del 22 e 23 giugno 2017, punto 8. Inizialmente, Francia e Germania avevano due posizioni opposte su come si sarebbe dovuta attivare la PESCO. La Francia premeva per una cooperazione strutturata permanente realmente ambiziosa, sia per lo sviluppo delle capacità, sia per la gestione di missioni durante le crisi internazionali, auspicando un numero di partecipanti limitato ma realmente motivato. All'opposto la Germania preferiva una cooperazione strutturata permanente il più possibile inclusiva evitando pericolose divisioni all'interno dell'Unione. In argomento cfr. A. MARRONE, *Permanent Structured Cooperation: an Institutional Pathway for European Defence*, IAI Commentaries, 17/26, novembre 2017 (reperibile online).

⁴⁶ *Notification on Permanent Structured Cooperation (PESCO) to the Council and to the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy*. La notifica è stata presentata a margine del Consiglio Affari esteri (riunito nella composizione che prevede la partecipazione anche dei Ministri della difesa), del 13 novembre 2017.

⁴⁷ Alla cooperazione strutturata permanente partecipano tutti gli Stati membri tranne la Gran Bretagna (a causa della "Brexit"), la Danimarca (che alla luce del Protocollo n. 22 gode di una clausola di *opting out*, su cui v. *supra* par. 2, per cui non prende parte a nessuna attività dell'Unione avente implicazione nel settore della difesa) e Malta (che è uno Stato neutralizzato). Solo Malta ha dichiarato (*Times Malta*,

della proposta formalmente avanzata da Germania, Spagna, Francia e Italia⁴⁸, l'11 dicembre 2017 il Consiglio ha adottato per *consensus*⁴⁹ la decisione 2017/2315 con cui ha istituito la cooperazione strutturata permanente, ha fissato l'elenco dei partecipanti e ha definito le modalità per la progressiva concretizzazione degli obiettivi e degli impegni elencati nel Protocollo n. 10⁵⁰.

La presenza di un numero così elevato di notifiche ha permesso alla PESCO di realizzare fin da subito l'auspicata inclusività e ha evidenziato la volontà degli Stati membri di utilizzare tale strumento per proseguire il più possibile uniti nel processo d'integrazione in materia di difesa. Allo stesso tempo, però ciò ha reso più complesso (ma ancora più necessario), garantire alla istituenda PESCO un sufficiente grado di ambizione.

La scelta che è stata fatta quindi è stata quella di prevedere due livelli di cooperazione, distinti ma non separabili. Al primo livello tutti gli Stati partecipanti hanno dovuto sottoscrivere 20 *impegni ambiziosi e più vincolanti* che rappresentano la specificazione degli impegni elencati dall'art. 2 del Protocollo n. 10 e che sono destinati a perseguire gli obiettivi previsti dall'art. 1 dello stesso Protocollo⁵¹. Al secondo livello, in ossequio all'approccio modulare richiesto dal Consiglio europeo, è stata introdotta la possibilità per gli Stati di rafforzare ulteriormente la loro partecipazione proponendo e condividendo *progetti*, comunque destinati a perseguire gli obiettivi previsti dall'art. 1 del Protocollo n. 10, ma dotati di una natura più operativa e specifica. L'adesione a questi ultimi avviene su base volontaria, per cui ogni Stato può scegliere a quanti e quali prendere parte, a seconda del proprio grado di ambizione, anche se è espressamente previsto che ogni Stato che partecipa alla PESCO debba necessariamente aderire ad almeno un progetto⁵². In questo modo è stato creato un legame diretto e indissolubile tra i due livelli di cooperazione che rende impossibile partecipare al primo e non al secondo.

Anche la *governance* della PESCO è organizzata su due livelli. Il primo è quello del Consiglio, il quale opera nella c.d. formazione PESCO (di fatto la formazione "Affari Esteri" con il diritto di voto riservato solo agli Stati che partecipano alla cooperazione strutturata permanente). Al Consiglio è affidato il compito di garantire la coerenza e specialmente l'attuazione generale della PESCO, adottando all'una-

11 dicembre 2017) che in futuro potrebbe decidere di rivedere la propria decisione e aderire alla PESCO, portando così il numero di partecipanti a 26, presumibilmente il massimo.

⁴⁸ Proposta del 24 novembre 2017, doc. n. 14865/17. Questi stessi Stati avevano elaborato la notifica (a cui gli altri Stati avevano semplicemente aderito) e prima ancora, il 21 luglio 2017, avevano inviato all'Alto Rappresentante e a tutti i Ministri della difesa europei una lettera (il cui testo era supportato da Belgio, Repubblica ceca, Finlandia e Olanda) in cui avevano avanzato proposte su come si sarebbe potuta strutturare la cooperazione strutturata permanente (*Proposal on the Necessary Commitments and Elements for an Inclusive and Ambitious PESCO*).

⁴⁹ Così S. BLOCKMANS, *op. cit.*, p. 1810. Come visto *supra*, nel par. 4, sarebbe stata sufficiente la maggioranza qualificata.

⁵⁰ Decisione (PESC) 2017/2315 del Consiglio, dell'11 dicembre 2017, che istituisce la cooperazione strutturata permanente (PESCO) e fissa l'elenco degli Stati membri partecipanti.

⁵¹ Tali impegni sono elencati nell'allegato della decisione 2017/2315.

⁵² Ciò si ricava dal fatto che tra gli impegni ambiziosi e più vincolanti elencati dall'allegato della decisione 2017/2315, il n. 17 prevede che ogni Stato partecipante alla PESCO debba "partecipare ad almeno un progetto nell'ambito della PESCO che sviluppi o fornisca le capacità individuate in quanto strategicamente rilevanti da parte degli Stati membri".

nimità decisioni e raccomandazioni⁵³. Il secondo livello di *governance* è quello relativo alla gestione dei progetti, affidata direttamente agli Stati che vi aderiscono, con limitate forme di controllo da parte delle istituzioni e degli organi dell'Unione.

Per garantire una maggiore coerenza complessiva (e per fornire un sostegno concreto alle attività da svolgere) è stato istituito il segretariato della PESCO, le cui funzioni sono assicurate dall'Agencia europea per la difesa e dal Servizio europeo per l'azione esterna, attraverso un punto di contatto unico. Il segretariato PESCO ha compiti sia per quanto riguarda gli impegni, dovendo aiutare l'Alto Rappresentante ad elaborare la relazione annuale sulla loro attuazione (di cui si dirà subito dopo), sia per i progetti di cui, tra le altre cose, deve curare il coordinamento⁵⁴.

In merito ai 20 impegni, questi sono stati definiti dagli Stati al momento della notifica e formalizzati nella decisione 2017/2315. Quest'ultima prevede che la loro realizzazione avvenga, almeno inizialmente, in due fasi (la prima triennale dal 2018 al 2020; la seconda quinquennale dal 2021 al 2025), e stabilisce che all'inizio di ognuna siano fissati obiettivi più precisi per ciascun impegno⁵⁵. Con una raccomandazione del marzo 2018 il Consiglio nella formazione PESCO (d'ora in avanti, se non diversamente specificato, il Consiglio si deve intendere operante in tale formazione) ha provveduto a definire gli obiettivi per la prima fase, descrivendoli in termini particolarmente dettagliati; ovvero indicando per ciascuno di essi i passi da compiere, gli obiettivi intermedi da perseguire e le tabelle di marcia da rispettare. In questo modo si è inteso guidare gli Stati nella pianificazione delle attività da compiere e fornire loro degli indicatori di progresso in grado di orientarli nella valutazione dei risultati ottenuti⁵⁶.

Obiettivo dichiarato della raccomandazione è aiutare gli Stati nella compilazione dei piani nazionali di attuazione (*National Implementation Plan*). Questi ultimi consistono in documenti che, con cadenza annuale, devono illustrare le modalità con le quali ogni Stato partecipante alla cooperazione strutturata permanente intende realizzare gli impegni più vincolanti e perseguire gli obiettivi più precisi⁵⁷. Essi rappresentano la base del processo di vigilanza e valutazione degli impegni PESCO richiesto dal Consiglio europeo e introdotto dalla decisione 2017/2315, che ne ha affidato l'attuazione all'Alto Rappresentante e al Consiglio stesso. Una volta a regime, tale meccanismo prevedrà che entro il 10 gennaio di ogni anno gli Stati partecipanti presentino il proprio piano al segretariato PESCO. Sulla base di tutti i piani

⁵³ Art. 4, par. 2, della decisione 2017/2315. Secondo tale disposizione il Consiglio adotta decisioni e raccomandazioni che: *a*) forniscono orientamenti e indirizzi strategici per la PESCO; *b*) stabiliscono le tappe per la realizzazione degli impegni più vincolanti; *c*) aggiornano e, ove necessario, rafforzano gli impegni più vincolanti, alla luce dei risultati conseguiti; *d*) valutano i contributi degli Stati membri partecipanti; *e*) fissano l'elenco dei progetti da sviluppare nell'ambito della PESCO; *f*) stabiliscono le regole generali di *governance* dei progetti; *g*) stabiliscono le condizioni generali in base alle quali gli Stati terzi possono essere invitati, in via eccezionale, a partecipare a singoli progetti; *h*) forniscono le altre misure necessarie per proseguire l'attuazione della PESCO. Il Consiglio si è riunito in formazione PESCO per la prima volta il 6 marzo 2018, quando ha adottato la lista dei primi 17 progetti PESCO, su cui v. *infra*, nel corso del paragrafo.

⁵⁴ V. art. 7 della decisione 2017/2315.

⁵⁵ Art. 4, par. 2, lett. b) della decisione 2017/2315.

⁵⁶ Raccomandazione del Consiglio, del 15 ottobre 2018, relativa alla fissazione delle tappe per la realizzazione degli impegni più vincolanti assunti nel quadro della cooperazione strutturata permanente (PESCO) e della definizione di obiettivi più precisi, 2018/C 374/01.

⁵⁷ Per completezza i piani nazionali considerano anche i progetti di cui i singoli Stati fanno parte.

ricevuti, l'Alto Rappresentante elaborerà una relazione sullo stato di attuazione della PESCO che in marzo o in aprile dovrà inviare al Consiglio⁵⁸. Quest'ultimo, a sua volta, entro maggio dovrà valutare se gli Stati hanno rispettato gli impegni presi ed eventualmente procedere ad aggiornare questi ultimi alla luce dei risultati ottenuti. Sulla base della valutazione del Consiglio e degli aggiornamenti, entro la fine dell'anno, ogni Stato dovrà rivedere e adattare il proprio piano, per poi ripresentarlo nel gennaio successivo e dare così inizio a un nuovo processo⁵⁹. Nel caso in cui uno Stato dovesse ricevere una valutazione negativa, il Consiglio (a maggioranza degli Stati partecipanti, ad eccezione dello Stato in questione) potrebbe giungere a sospenderlo dalla PESCO, come previsto dall'art. 46, par. 4, TUE. A tale proposito, però, la decisione 2017/2315 ha stabilito che una tale misura possa essere decisa solo dopo che tale Stato abbia ricevuto "(...) un calendario chiaramente definito delle misure di consultazione e reazione individuali". In altri termini, la procedura per giungere a un'eventuale sospensione viene resa più lunga e complessa dalla previsione di una sorta di *ultimatum* che deve essere preventivamente inviato allo Stato e che consiste in un elenco di misure che, entro un arco di tempo definito, questo deve adottare se vuole rimanere nella PESCO⁶⁰.

Per quanto riguarda i progetti, i primi 17 sono stati elaborati dagli Stati nel dicembre 2017 e sottoposti all'Alto Rappresentante, che ha proceduto a una prima valutazione⁶¹. Nel marzo 2018 il Consiglio, avvalendosi della consulenza del Comitato militare, ha adottato una decisione con la quale ha provveduto ad approvarli e a elencare gli Stati aderenti a ciascuno di essi⁶². I progetti rientrano in tre aree: addestramento comune ed esercitazioni; ambito operativo; miglioramento delle capacità collettive⁶³. Nonostante per alcuni osservatori essi non tengano conto delle reali lacune strategiche dell'Unione⁶⁴, va però, per lo meno, riconosciuto loro il merito di aver fatto acquisire alla PESCO una dimensione maggiormente operativa, ovvero finalizzata a migliorare la velocità di reazione in caso di crisi⁶⁵.

⁵⁸ La prima relazione sulla PESCO dovrebbe essere presentata nell'aprile 2019. V. per la cronologia la raccomandazione del Consiglio, del 6 marzo 2018, relativa a una tabella di marcia per l'attuazione della PESCO, 2018/C 88/01.

⁵⁹ V. ancora la raccomandazione 2018/C 88/01.

⁶⁰ Cfr. N. NOVÁKY, *op. cit.*, p. 97 ss.

⁶¹ Art. 5 della decisione 2017/2315.

⁶² Decisione (PESC) 2018/340, del Consiglio, del 6 marzo 2018, che fissa l'elenco dei progetti da sviluppare nell'ambito della PESCO. Il numero di partecipanti ai progetti varia molto: dai 24 Stati partecipanti al progetto relativo alla mobilità militare ai 2 dei progetti relativi al Centro europeo di certificazione dell'addestramento per gli eserciti europei e al sostegno di fuoco indiretto (Euroartiglieria). I Paesi che hanno proposto o aderito a un numero maggiore di progetti sono stati: l'Italia (15, di cui 4 come coordinatore); la Spagna (12); la Grecia (9). Da notare l'adesione a soli due progetti di: Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Slovenia e Polonia. Se per i primi quattro Stati tale numero può dipendere dalla loro dimensione ridotta, nel caso della Polonia non può che essere conseguenza di un impegno che, almeno inizialmente, ha voluto essere limitato. Una descrizione dettagliata dei 17 progetti è disponibile *online* sul sito web del Consiglio.

⁶³ Cfr. i *factsheet* sulla PESCO (reperibili *online*).

⁶⁴ Così S. BISCOP, *L'Europe de la défense*, cit., p. 25.

⁶⁵ Possono considerarsi rivolti a migliorare l'operatività e a ridurre i tempi di reazione progetti quali: la creazione di una rete di centri logistici in Europa e supporto alle operazioni, il cui scopo è quello di migliorare la logistica e il trasporto di mezzi e uomini sul luogo delle operazioni e quindi la capacità dell'Unione di condurre missioni impegnative; la costituzione di un comando medico europeo, il cui obiettivo è dotare l'Unione di una assistenza medica di supporto alle proprie missioni che sia efficiente e attivabile rapidamente; la previsione di un centro operativo EUFOR di risposta alla crisi (EUFOR

La decisione 2017/2315 prevede che gli Stati partecipanti possano presentare nuovi progetti, seguendo la stessa procedura che coinvolge l'Alto Rappresentante e che sfocia in una decisione del Consiglio. Tale procedura, diventata annuale, inizia a maggio con la presentazione delle proposte e si completa a novembre con l'atto del Consiglio⁶⁶. Come sua prima applicazione, nel novembre 2018, il Consiglio ha adottato la decisione 2018/1797 che aggiorna l'elenco dei progetti, aggiungendone 17 e portando così il numero totale a 34⁶⁷.

Gli Stati che intendono presentare un nuovo progetto *devono* prima informare gli altri Stati partecipanti alla PESCO, al fine di ottenere sostegno e dar loro l'opportunità di unirsi nella presentazione. Dopo l'avvio del progetto, invece, quelli che già ne fanno parte *possono* concordare di accettare nuovi Stati membri⁶⁸. Pertanto, se prima che un progetto venga formalmente adottato dal Consiglio gli Stati proponenti non possono a priori escludere altri Stati che manifestino il proprio interesse, una volta che il Consiglio ha provveduto alla formalizzazione e il progetto diviene operativo, i membri acquisiscono, da questo punto di vista, una piena discrezionalità.

Inoltre, sempre secondo la decisione 2017/2315, i partecipanti a un progetto possano decidere di invitare Stati non membri dell'Unione europea a prendervi parte (a differenza della PESCO nel suo complesso che non prevede questa possibilità). A tal fine è però anzitutto necessario che il Consiglio emani una decisione che stabilisca le condizioni generali e i requisiti specifici per una tale partecipazione. Inoltre, è previsto che ogni qual volta gli Stati membri di un progetto effettuino un tale invito, il Consiglio debba intervenire per valutare se lo Stato terzo soddisfa i requisiti specifici da esso stesso stabiliti, adottando una decisione. Una volta emanata tale decisione, gli Stati membri del progetto e lo Stato terzo potranno firmare un accordo amministrativo che definisca le modalità della partecipazione⁶⁹. Al momento in cui si scrive (febbraio 2019) la decisione destinata a stabilire le condizioni generali e i requisiti specifici per la partecipazione degli Stati terzi non è stata ancora adottata, anche se nel dicembre 2018 l'Alto Rappresentante ha presentato al Consiglio una proposta in merito. Il testo della proposta non è accessibile, ma dal titolo si evince che una tale partecipazione sarà comunque considerata dall'Unione del tutto *eccezionale*⁷⁰. Come si può facilmente intuire, la possibilità di partecipare a progetti

CROC), che dovrebbe contribuire alla creazione di un pacchetto coerente di forze ad ampio spettro da dispiegare velocemente in modo da migliorare le capacità di gestione delle crisi. Tali progetti, anche se indirettamente e in misura ancora limitata, danno una risposta alle critiche avanzate dalla dottrina sugli impegni previsti dall'art. 2 del Protocollo n. 10, considerati esclusivamente orientati allo sviluppo della capacità. Su tali critiche v. *supra*, nel paragrafo precedente.

⁶⁶ Raccomandazione 2018/C 88/1, art. II.9. V. anche la decisione 2018/909 del Consiglio, del 25 giugno 2018, che stabilisce un insieme di regole di governance per i progetti PESCO, art. 1.

⁶⁷ Decisione (PESC) 2018/1797, del Consiglio, del 19 novembre 2018, che modifica e aggiorna la decisione (PESC) 2018/340 che fissa l'elenco dei progetti da sviluppare nell'ambito della PESCO. Per quanto riguarda i nuovi progetti, va segnalato che ancora una volta Grecia, Italia e Spagna hanno confermato la loro tendenza alla partecipazione (anche se non in modo così accentuato come avvenuto per i progetti più vecchi) aderendo rispettivamente a 7, 6 (tra cui 3 come coordinatore) e 4 nuovi progetti. In cambio la Francia ha aderito a ben 13 dei nuovi progetti e a uno dei vecchi. Da segnalare infine la decisione della Polonia di aderire a un nuovo progetto e specialmente di prendere parte anche a 3 vecchi progetti.

⁶⁸ Art. 5, par. 2, della decisione 2017/2315.

⁶⁹ Art. 9 della decisione 2017/2315.

⁷⁰ Proposta relativa a una decisione del Consiglio che stabilisce le condizioni generali in base alle quali gli Stati terzi possono essere invitati in via eccezionale a partecipare a singoli progetti PESCO, del

PESCO anche se non si è membri dell'Unione europea acquisterà una particolare rilevanza per la Gran Bretagna, una volta completata la "Brexit", come modo per dar vita a forme di collaborazione concrete con l'Unione in materia di difesa.

Una volta che un progetto è diventato operativo, gli Stati che vi partecipano devono provvedere alla sua gestione e informare periodicamente il Consiglio sul suo sviluppo⁷¹. Al fine di garantire una gestione ordinata e coerente dell'insieme dei progetti, nel giugno 2018 il Consiglio ha emanato la decisione 2018/909 contenente un insieme di regole generali per la loro *governance*⁷². Secondo tali regole, i progetti devono essere coerenti tra loro e con le iniziative sviluppate in altri contesti istituzionali; inoltre devono essere assicurate la trasparenza e l'inclusività evitando le duplicazioni⁷³. Viene altresì confermata l'autonomia e la discrezionalità di cui godono gli Stati nella gestione dei progetti di cui sono parte, prevedendo che essi debbano concordare tra loro: *a)* l'entità dei contributi necessari per partecipare e i relativi requisiti; *b)* il processo decisionale da seguire; *c)* le condizioni per uscire dal progetto o per permettere la partecipazione di altri Stati membri in una fase successiva; *d)* le disposizioni relative allo *status* di osservatore (di cui si dirà subito dopo)⁷⁴. Inoltre, sempre gli Stati, devono adottare tutte le decisioni necessarie per portare avanti il progetto. Di regola tali decisioni devono essere prese all'unanimità, a meno che gli Stati stessi concordino (sempre all'unanimità) dei casi nei quali utilizzare differenti regole di voto⁷⁵.

Infine, si deve ricordare che ogni Stato, singolarmente, può decidere il carattere del proprio contributo; contributo che può essere composto da risorse umane, finanziarie o da attrezzature⁷⁶.

La decisione 2018/909 introduce inoltre due figure. La prima è quella dello Stato o degli Stati *coordinatori di progetto*. Questi sono designati per ciascun progetto dagli Stati che vi prendono parte e possono coincidere con il promotore o i promotori⁷⁷. I compiti loro affidati sono essenzialmente di coordinamento e di collegamento con l'esterno e possono consistere: *a)* nell'aggiornare ogni anno le informazioni relative al progetto; *b)* nell'agevolare la cooperazione tra gli stessi Stati partecipanti e con i coordinatori degli altri progetti; *c)* nel sostenere lo sviluppo delle modalità di *governance* del progetto e *d)* nel promuovere, se del caso, gli sforzi affinché le

12 dicembre 2018, ST 15527 2018 INT. La natura di tale partecipazione era stata definita "eccezionale" già nell'art. 4, par. 2, lett. g), della decisione 2017/2315. V. *supra*, nota 53.

⁷¹ Art. 5, par. 3, della decisione 2017/2315.

⁷² Decisione 2018/909.

⁷³ Art. 4, par. 6, della decisione 2018/909.

⁷⁴ Art. 4, par. 2, della decisione 2018/909, L'art. 7 prevede che gli Stati possano adottare decisioni anche riguardanti: *a)* la preparazione, la presidenza e il coordinamento delle riunioni; *b)* la distribuzione dei ruoli e delle responsabilità tra i membri; *c)* l'eventuale coinvolgimento della Commissione con un invito ad associarsi ai lavori del progetto; *d)* le norme in materia di bilancio e finanziamento; *e)* le norme da applicare nel caso di ritiro di un membro dal progetto; *f)* la determinazione dei casi in cui i membri possono chiedere il sostegno del Servizio europeo per l'azione esterna e dell'Agenzia europea per la difesa; *g)* le eventuali strategie di acquisizione, la scelta di strutture di sostegno e la selezione di imprese industriali.

⁷⁵ Tra le decisioni che gli Stati possono decidere di adottare con differenti metodi di voto rientrano sicuramente quelle di natura amministrativa, richiamate dall'art. 4, par. 4, della decisione 2018/909 e quelle previste dall'art. 7 della stessa decisione (elencate nella nota precedente), così come espressamente stabilito dall'art. 7, par. 2. La possibilità che gli Stati decidano di abbandonare l'unanimità è considerata pari a zero da S. BLOCKMANS, *op. cit.*, p. 1812.

⁷⁶ Art. 4, par. 5, della decisione 2018/909.

⁷⁷ Art. 5 della decisione 2018/909.

capacità sviluppate nel quadro del progetto colmino le carenze individuate e contribuiscono a permettere agli Stati che vi prendono parte di assolvere gli impegni più vincolanti, anche ai fini delle missioni Petersberg più impegnative. Oltre a quelle elencate, gli Stati membri possono affidare al o ai coordinatori ulteriori funzioni.

La seconda figura introdotta dalla decisione 2018/909 è quella dell'*osservatore*. I membri di un progetto possono concordare di consentire agli altri Stati partecipanti alla PESCO di diventare osservatori, stabilendo al contempo le condizioni per l'acquisizione di tale *status*, la durata ed eventuali ulteriori modalità particolari collegate alle specificità del progetto stesso o alle peculiarità delle diverse fasi di attuazione. Gli osservatori non hanno alcun obbligo di contribuire con proprie risorse. Essi però possono aspirare a divenire membri del progetto in una fase successiva⁷⁸.

6. La cooperazione strutturata permanente disciplinata dal Trattato di Lisbona presenta elementi di peculiarità rispetto al modello di riferimento delle cooperazioni rafforzate e finalità potenzialmente più estese.

Queste ultime sono state confermate durante il processo che ha portato alla sua attuazione. Il fatto di essere stata collocata nella cornice della Strategia globale, il tenore delle discussioni in seno al Consiglio europeo così come la scelta di 25 Stati membri di partecipare fin dall'inizio alla sua istituzione, rendono evidente come la PESCO sia stata attivata con l'intento di assicurare all'Unione europea una maggiore autonomia strategica⁷⁹ e con l'ambizione, di favorire la nascita di una vera e propria "Unione europea della difesa"⁸⁰. Bisogna quindi ritenere che la PESCO con i suoi obiettivi e i suoi impegni abbia fissato un nuovo e più elevato livello di integrazione per la politica europea di sicurezza e di difesa in ambito militare⁸¹, prevedendo un certo grado di flessibilità, dato dai progetti, che però risulta pienamente coerente con le caratteristiche della PSDC. In tale contesto, se l'assenza della Gran Bretagna si giustifica per ovvi motivi, quelle di Malta e Danimarca possono essere lette come la concessione di *opting-out* che, peraltro, nel caso della Danimarca è pienamente in linea con la sua consueta autoesclusione da tutto ciò che attiene alle questioni militari.

Il reale impatto che una siffatta PESCO potrà avere sull'auspicata Unione della difesa, non è facilmente prevedibile, anche se i presupposti non sembrano giustificare un particolare ottimismo.

Da un lato, è indubbio che PESCO presenti degli elementi di distinzione rispetto alla politica di sicurezza e di difesa comune, che, almeno nelle intenzioni, rappresentano dei punti di forza destinati a rendere più efficace il meccanismo e a favorire il raggiungimento dei suoi obiettivi. Il riferimento è qui essenzialmente alla previsione di impegni giuridicamente vincolanti per gli Stati e alla presenza di un meccanismo di valutazione del rispetto degli stessi.

Dall'altro lato, però, la PESCO condivide con la PSDC la natura strettamente intergovernativa, e quindi la particolare attenzione al rispetto della sovranità nazionale e a garantire a ogni Stato partecipante la possibilità di tutelare e perseguire

⁷⁸ Art. 6 della decisione 2018/909.

⁷⁹ Sul punto S. BLOCKMANS, *op. cit.*, p. 1817.

⁸⁰ Si veda a tale proposito la dichiarazione rilasciata dal Presidente della Commissione Juncker all'indomani dell'adozione da parte del Consiglio della decisione 2017/2315 (reperibile *online*). Inoltre, si può ricordare anche l'Unione europea di sicurezza e difesa ipotizzata da Francia, Germania, Belgio e Lussemburgo nell'aprile 2003, su cui v. *supra*, nota n. 30.

⁸¹ Cfr. in argomento le considerazioni di E. LÓPEX-JACOISTE DÍAZ, *op. cit.*, p. 1095 ss.

appieno i propri interessi nazionali⁸². Ciò inevitabilmente limita gli effetti dei suoi punti di forza e incide negativamente sulla sua capacità di far effettivamente progredire la difesa europea.

Anzitutto, il ricorso all'unanimità come unico metodo di adozione delle misure (decisioni ma spesso anche semplici raccomandazioni) destinate a gestire la PESCO favorisce i compromessi al ribasso e rischia di rendere l'intero processo ostacolo dello Stato o degli Stati partecipanti con minori ambizioni⁸³.

Inoltre, i 20 impegni, ancorché formalmente vincolanti, sono per lo più formulati in termini vaghi, tali da non comportare obblighi particolarmente stringenti per gli Stati⁸⁴. Senza contare che ogni Stato partecipante può sempre e in qualunque momento decidere di non rispettarli semplicemente notificando al Consiglio la sua intenzione di ritirarsi dalla PESCO.

Infine, per quanto riguarda il meccanismo di valutazione, la sua natura meramente politica (e non giurisdizionale, escludendo così completamente la Corte di giustizia) e il fatto di basarsi interamente su quanto dichiarato dagli Stati stessi attraverso i Piani nazionali di attuazione, lo rendono inevitabilmente poco incisivo. Si deve inoltre aggiungere che anche la possibilità di ricorrere alla sospensione dalla PESCO, prevista dall'art. 46, par. 4, TUE, per sanzionare lo Stato che dovesse risultare non in regola con gli impegni assunti, non sembra particolarmente utile a rafforzare il suddetto meccanismo. La sospensione, infatti, deve comunque essere decisa dal Consiglio e, benché una tale decisione possa essere presa a maggioranza, si può ugualmente ritenere che ben difficilmente essa sarà concretamente adottata nei confronti di uno Stato. Finanche l'eventualità che la sospensione, per il semplice fatto di esistere, possa produrre un "effetto di dissuasione" sugli Stati, tale da ridurre le violazioni, è stata in parte vanificata dalle condizioni per la sua applicazione introdotte dalla decisione 2017/2315⁸⁵.

La situazione non migliora se si considerano i progetti. Con questi ultimi la PESCO dovrebbe ritrovare la sua originaria flessibilità, permettendo agli Stati che desiderano farlo di approfondire ulteriormente l'integrazione. Alcuni osservatori, però, hanno fatto notare come per lo meno i primi 17 progetti approvati nel marzo 2018 si caratterizzino per un livello di originalità (e quindi di ambizione) piuttosto basso, rappresentando nella maggior parte dei casi l'implementazione di progetti già esistenti in altri contesti, come ad esempio la NATO⁸⁶. Inoltre, più in generale, va rilevato che aspetti come la piena libertà degli Stati di scegliere a quanti e quali progetti partecipare (oppure cessare di partecipare, se le modalità di gestione del progetto lo prevedono), così come di stabilire entità e natura del proprio contributo,

⁸² V quanto detto *supra*, nel par. 2. Il rispetto della sovranità nazionale è ribadito anche nel settimo capoverso dell'allegato I della notifica sulla cooperazione strutturata permanente, in cui si legge: "Participation in PESCO is voluntary and leaves national sovereignty untouched".

⁸³ Uno Stato di questo tipo è, con tutta evidenza, la Polonia. Quest'ultima, infatti, pur avendo aderito alla PESCO, ha indicato una serie di condizioni, tra cui evitare duplicazioni con la NATO e sostenere lo sviluppo dell'industria della difesa non solo in riferimento alle grandi industrie, ma anche alle piccole e medie imprese (quelle prevalenti in Polonia), in ogni caso senza entrare in competizione con l'industria della difesa statunitense. Cfr. *Minister Witold Waszczykowski: We joined PESCO but with doubts*, PAP dispatch from 13 November 2017 (reperibile *online*). In dottrina S. BLOCKMANS, *op. cit.*, p. 1813.

⁸⁴ Cfr. ancora S. BLOCKMANS, *ivi*, p. 1820.

⁸⁵ V. *supra*, par. 6.

⁸⁶ Ancora S. BLOCKMANS, *op. cit.*, p. 1813.

insieme all'ampia discrezionalità garantita loro nella gestione dei progetti stessi, allontana questa parte della PESCO oltre che dal quadro istituzionale dell'Unione anche dal modello di differenziazione verso l'alto su cui ci si è soffermati in precedenza⁸⁷. Risulta infatti poco probabile che i progetti siano in grado di creare quell'effetto traino già descritto⁸⁸ che, portando gli Stati PESCO ad aderirvi in misura sempre maggiore e generalizzata, ricrei nel tempo l'unità del processo di costruzione della difesa europea. Al contrario, essi spingono verso una crescente frammentazione, come conferma la già ricordata decisione 2018/1797, che nel modificare e aggiornare i progetti, da un lato, registra un alquanto limitato e sporadico aumento del numero dei partecipanti a quelli già esistenti e dall'altro ne aggiunge di nuovi, raddoppiandone il numero complessivo⁸⁹.

In definitiva, la PESCO, così come concepita e attuata, vede le proprie possibilità di successo dipendere troppo dalla volontà politica degli Stati che hanno deciso di prendervi parte e da quanto facilmente questa volontà possa essere influenzata da situazioni contingenti. In un settore come la difesa, in cui le differenze tra le valutazioni, le esigenze e le percezioni nazionali sono particolarmente ampie, spingere gli Stati a sviluppare le proprie capacità militari per poi lasciarle comunque nelle loro mani significa rendere probabili conflitti e rigidità tali da rendere difficile l'effettivo rispetto degli impegni assunti e finanche il buon svolgimento dei progetti. Una tale situazione è destinata a rendere difficile se non impossibile qualsiasi progresso e quindi a deludere le aspettative create attorno a questo strumento, in particolare da parte degli Stati più desiderosi di dare vita a una difesa europea realmente autonoma ed effettiva.

Abstract

The Implementation of the Permanent Structured Cooperation (PE.S.CO) in the Perspective of a More Autonomous and Effective European Defence

Decision No. 2315 of 11th December 2017 established the Permanent Structured Cooperation (PE.S.CO), provided by the Common Security and Defence Policy (CSDP) as a particular form of Enhanced Cooperation. PE.S.CO was established between 25 Member States in order to ensure greater strategic autonomy for the European Union, and with the ambition to encourage the emergence of a genuine 'European Defence Union'. Unfortunately, however, the planned objectives can hardly be achieved: conflicts between States are still possible, and this makes the birth of a more autonomous and effective European defence difficult, if not even impossible.

⁸⁷ Così come concepiti i progetti configurano più che altro una forma di differenziazione à la carte, già descritta *supra*, nel par. 2, nota 14.

⁸⁸ *Supra*, nel par. 2.

⁸⁹ Decisione 2018/1797. V. *supra*, nel paragrafo precedente.

Francesca Perrini*

Il contributo della giurisprudenza europea al superamento della crisi delle Nazioni Unite e delle sue conseguenze sulla tutela dei diritti umani

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tutela dei diritti umani nell'ambito delle Nazioni Unite: alcuni spunti di riflessione. – 3. Il controverso rapporto tra il rispetto dei diritti umani e l'azione del Consiglio di sicurezza nell'ambito del mantenimento della pace: il caso delle *smart/targeted sanctions*. – 4. Il sistema delle sanzioni individuali nell'ordinamento dell'Unione europea tra previsioni normative e giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione. – 5. I punti salienti nell'evoluzione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Se è pacifico che l'emergere del concetto di “crisi delle Nazioni Unite” coincide con la stessa nascita delle Nazioni Unite non è altrettanto pacifica la portata ed il contenuto di tale espressione. E ciò per due ordini di ragioni. Da una parte perché, come è noto, il meccanismo di voto in seno al Consiglio di sicurezza, caratterizzato dal diritto di veto di cui godono i cinque Membri permanenti, inevitabilmente si ripercuote sul funzionamento dell'Organizzazione¹. Dall'altra perché, com'è altrettanto evidente, lo scenario internazionale è profondamente cambiato dal secondo dopoguerra ad oggi.

In tale contesto si inserisce l'ampio dibattito sviluppatosi intorno al tema della riforma delle Nazioni Unite² e che è stato particolarmente fecondo negli anni '90 del

* Ricercatrice di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Messina.

¹ Sulla questione del diritto di veto, nell'ampio panorama della produzione scientifica, si veda, tra gli altri, S. MARCHISIO, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, 2012, II ed., p. 173 ss.; C. ZANGHÌ, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Torino, 2013, III ed., p. 150 ss.; B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2015, X ed., p. 87 ss.

² Risale al 1974 l'istituzione da parte dell'Assemblea generale con risoluzione 3349-XXIX del 17 dicembre 1974 del Comitato speciale sulla Carta delle Nazioni Unite, poi divenuto nel 1975 Comitato speciale per la Carta delle Nazioni Unite ed il rafforzamento del ruolo dell'Organizzazione. Nel 1993, sempre ad opera dell'Assemblea generale fu poi istituito il Gruppo di lavoro *open-ended* sulla equa rappresentanza e l'aumento dei membri del Consiglio di sicurezza ed altre questioni riguardanti il Consiglio (risoluzione 48/26 del 3 dicembre 1993), in cui sono stati raccolti i vari progetti di revisione

secolo scorso, quando la fine della guerra fredda e la rivitalizzazione del Consiglio di sicurezza hanno posto l'attenzione sulla necessità di rivederne sia la composizione che il sistema di voto.

Vari furono, in quegli anni, i progetti di revisione della Carta di San Francisco che proponevano le soluzioni più varie: dall'aumento del numero dei Membri del Consiglio di sicurezza, al rafforzamento dei poteri dell'Assemblea generale, all'abolizione del diritto di veto, all'inserimento di principi democratici volti a rendere l'Assemblea un organo rappresentativo dei popoli capace di esercitare un controllo sul Consiglio di sicurezza. Tuttavia, tutte le suddette iniziative sono rimaste purtroppo prive di un seguito, in ragione del fatto che il diritto di veto dei cinque Membri permanenti può bloccare qualsiasi procedura di emendamento o revisione della Carta³.

Ciò che, in ogni caso, merita di essere sottolineato è la rilevante circostanza che, viste le caratteristiche del diritto internazionale, la prassi degli Stati gioca (o può giocare) un ruolo considerevole verso quelle che possono essere definite "le modifiche di fatto" dello Statuto, grazie alle quali, per altro, le periodiche crisi dell'organizzazione possono essere superate⁴.

Non si può non considerare, a tale proposito, che il sistema onusiano è destinato, oserei dire per sua stessa natura, ad entrare periodicamente in crisi, in ragione della sua vocazione universale, del suo carattere permanente e della sua competenza estremamente ampia e generale. A ben vedere sarebbe alquanto strano che un'organizzazione di tale natura non vivesse mai crisi alcuna; qualora ciò dovesse

presentati dagli Stati, che, però, non hanno trovato il sostegno politico necessario per essere portati avanti. Nell'ampio panorama della produzione scientifica sul tema della riforma delle Nazioni Unite si veda, tra gli altri, U. VILLANI, *La crisi delle Nazioni Unite e i progetti di rilancio*, in *Pace diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 1989, n. 2, p. 19 ss.; B. CONFORTI, *Il nuovo ruolo del Consiglio di sicurezza*, in *Relazioni Internazionali*, Numero speciale – La riforma del Consiglio di sicurezza, 1995, p. 4 ss.; P. LAMBERTI ZANARDI, *Ampliamento del Consiglio e ruolo dei membri permanenti*, *ivi*, p. 19 ss.; F. POCAR, *Efficienza e trasparenza del Consiglio di sicurezza*, *ivi*, p. 40 ss.; F. POCAR, *Un'opportunità per l'Italia*, *ivi*, p. 2-3; A. TANZI, *Notes on the "Permanent Conference of Revision" of the United Nations Charter at the 50th Anniversary of the Organization*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 723 ss.; C.L. WILLSON, *Changing the Charter*, in *American Journal of International Law*, 1996, p. 115 ss.; I. INGRAVALLO, *In tema di riforma del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*, in *La Comunità Internazionale*, 2001, p. 261 ss.; P. BARGIACCHI, *La riforma del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*, Milano, 2005; Y.Z. BLUM, *Proposals for UN Security Council Reform*, in *American Journal of International Law*, 2005, p. 632 ss.; A. BLANC ALTEMIR, *La réforme du Conseil de Sécurité des Nations Unies*, in *Revue générale de droit international public*, 2006, p. 801 ss. Per un contributo recente si veda S. CANTONI, *La proposta francese sull'utilizzo del diritto di veto: un contributo alla riforma del Consiglio di Sicurezza*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, p. 545, www.rivistaoidu.net.

³ Rispettivamente descritte dagli articoli 108 e 109 dello Statuto.

⁴ Sul punto si veda Così U. VILLANI, *op. cit.*, p. 21 s., in cui si legge: "(...) è frequente, nella prassi delle Nazioni Unite e nelle proposte di rafforzamento dell'Organizzazione, il riferimento a possibili modifiche *de facto*. Il termine – non privo di qualche ambiguità – è usato per indicare procedimenti e attività, sia degli organi che degli Stati membri, spesso molto eterogenei, ma accomunati dalla circostanza di sfuggire alle complesse formalità prescritte dagli articoli 108 e 109", per i quali, tuttavia, si pone "il problema di verificare il loro fondamento giuridico, fondamento che è spesso dubbio, come nel caso della presunta *potestas interpretandi* degli organi o della teoria dei poteri impliciti. A noi pare che tale fondamento, e quindi l'idoneità a modificare il sistema della Carta, possa sicuramente riconoscersi solo a quei fenomeni riconducibili alla formazione di norme consuetudinarie (pur con l'incertezza e la lunghezza di tempi connaturate a tale formazione) o di norme convenzionali (nei limiti in cui norme siffatte in contrasto con la Carta possano ritenersi consentite, alla luce della disposizione dell'art. 103)".

verificarsi potrebbe quasi stare ad indicare una sorta di “impermeabilità” del sistema ai mutamenti della realtà.

Del resto, le Nazioni Unite, al pari di qualsiasi altra organizzazione internazionale, non possono non risentire dei vari cambiamenti che vive la comunità internazionale sia in una direzione positiva (laddove si tratta di cambiamenti che indirizzano l’azione dell’ONU verso una più proficua attività nei settori di suo interesse) sia in una direzione negativa (laddove si tratta di cambiamenti volti a limitare e/o fuorviare la suddetta attività).

Di sicuro, però, occorre sottolineare che ciò che non può essere messo in discussione (neanche dai contemporanei nazionalismi e sovranismi di vario tenore che pure possono incidere sull’efficienza ed efficacia dell’organizzazione) è l’esistenza stessa delle Nazioni Unite, né i valori della Carta di San Francisco ed a tale riguardo la tutela dei diritti umani prevista in ambito ONU riveste particolare interesse.

Se da una parte, infatti, al di là di ogni crisi ascrivibile al sistema onusiano, l’attività delle Nazioni Unite, sul piano della proliferazione degli strumenti di tutela dei diritti umani, merita una valutazione nell’insieme positiva, dall’altra è nel vasto settore del mantenimento della pace che l’azione del Consiglio di sicurezza (questa si fortemente influenzata dalla crisi delle Nazioni Unite) ha posto seri problemi di bilanciamento tra il valore della pace ed il rispetto dei diritti umani.

Intorno a questi due ambiti verte la presente indagine, con la quale si intende, da una parte, proporre alcuni argomenti di riflessione sul complesso sistema di tutela dei diritti umani delineato dal sistema onusiano e, dall’altra, soffermarsi sull’aspetto che maggiormente stride con tale sistema al fine di verificare quale sia stato il contributo della giurisprudenza europea nel realizzare il bilanciamento di cui sopra.

2. La nascita delle Nazioni Unite ha segnato una vera e propria rivoluzione per la tutela dei diritti umani, ambito che fino al 1945 apparteneva essenzialmente al dominio riservato degli Stati.

È la Carta delle Nazioni Unite che consacra la rilevanza sul piano internazionale dei diritti umani in quanto tali che assurgono così a valore che informa l’intero ordinamento delle Nazioni Unite.

Se alle origini le questioni relative ai diritti umani erano rilevanti solo nell’ambito della cooperazione economica e sociale, non si può negare che oggi la promozione ed il rispetto dei diritti fondamentali sono al centro di ogni settore di attività dell’organizzazione.

L’evoluzione dell’attività onusiana nel campo dei diritti umani non ha conosciuto sosta, alternando periodi particolarmente fecondi e creativi a fasi di blocco e paralisi⁵. Molti, quindi, i momenti di segno diverso che potrebbero essere sottolineati e che, a volte frutto di speranze altre volte frutto di compromessi, contribuiscono passo dopo passo alla costruzione di un sistema normativo che ha come centro di interesse l’individuo.

I riferimenti ai diritti umani nello Statuto delle Nazioni Unite compaiono sin dal preambolo, in cui si sottolinea la volontà di “riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell’uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nella eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne e delle nazioni grandi e piccole”. L’art. 1, par.

⁵ In proposito v. E. DECAUX, *Les Nations unies et les Droits de l’homme: 60 ans après....*, in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2009, n. 7, p. 33 ss.

3, nell'elencare i fini dell'Organizzazione include quello di "Conseguire la cooperazione internazionale nella soluzione dei problemi internazionali di carattere economico, sociale culturale od umanitario, e nel promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione". L'art. 55, lett. c), prevede che, nell'ambito della cooperazione economica e sociale, le Nazioni Unite promuoveranno "il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione", ritenendo che sia uno dei punti essenziali per favorire quelle condizioni di stabilità e benessere ritenute fondamentali per una pacifica convivenza fra gli Stati.

E possiamo senza dubbio affermare che, almeno dal punto di vista della produzione normativa, i citati articoli della Carta non sono rimasti lettera morta, ove si consideri il numero considerevole di strumenti adottati, sia sotto forma di atti non vincolanti (basti pensare alle numerose dichiarazioni)⁶ che sotto forma di convenzioni.

Innanzitutto, occorre ricordare che la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo⁷ ancora oggi, dopo ben 70 anni dalla sua adozione, è considerata la pietra miliare della tutela internazionale dei diritti umani. E ciò, lungi dall'essere un mero riconoscimento di carattere simbolico, è concretamente evidenziato dal fatto che essa viene costantemente richiamata da altri strumenti di diritto internazionale, nonché dal valore giuridico che, con il tempo, essa ha acquisito.

Non stupisce che la Dichiarazione sia richiamata nel preambolo di praticamente tutte le convenzioni successive in materia di diritti umani elaborate sotto gli auspici delle Nazioni Unite (ovvero in ambito Nazioni Unite), sia che esse mirino a tutelare determinate categorie di persone o che si propongano di proteggere determinati diritti. Il dato che merita di essere sottolineato è che tale richiamo lo ritroviamo anche in strumenti che vengono adottati in contesti regionali a volte anche molto diversi tra loro: basti pensare ai preamboli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, della Convenzione interamericana dei diritti umani, della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, della Carta araba dei diritti dell'uomo.

Al di là del valore che il preambolo di un trattato assume sul piano strettamente formale (e che, secondo un orientamento generale ormai consolidato, rileva sul piano meramente interpretativo)⁸, occorre sottolineare come tale richiamo sia proprio la consacrazione dell'universalità dei diritti solennemente riconosciuti nel 1948.

⁶ Si ricordano, in particolare, le seguenti Dichiarazioni: sul genocidio (del 11 dicembre 1946, n. 96-I), sull'indipendenza dei popoli coloniali (del 14 dicembre 1960, n. 1514-XV), sul divieto dell'uso di armi nucleari (del 24 novembre 1961, n. 1653-XVI), sulla sovranità sulle risorse naturali (del 14 dicembre 1962, n. 1803-XVII), sull'eliminazione della discriminazione razziale (del 20 novembre 1963, n. 1904-XVIII), sull'eliminazione delle discriminazioni contro la donna (del 7 novembre 1967, n. 2263-XXII), sull'asilo territoriale (del 14 dicembre 1967, n. 2312-XXII), sulle relazioni amichevoli e la collaborazione fra gli Stati (del 24 ottobre 1970, n. 2625-XXV), per l'instaurazione di un nuovo ordine economico internazionale del 1° maggio 1974, n. 3201 e n. 3202 S-VI, che è accompagnata dal programma di azione), sulla definizione dell'aggressione (del 14 dicembre 1974, n. 3314-XXIX), sul diritto allo sviluppo (del 4 dicembre 1986, n. 41/128), sull'eliminazione del terrorismo internazionale (del 9 dicembre 1994, n. 49/60), sul crimine e la sicurezza pubblica (del 12 dicembre 1996, n. 51/60), sulla clonazione umana (dell'8 marzo 2005, n. 29/280), sui diritti dei popoli indigeni (del 12 settembre 2007, n. 61/295), sui rifugiati e i migranti (del 19 settembre 2016, n. 71/1).

⁷ Risoluzione 3/217/A, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1948.

⁸ A tale proposito l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 nel codificare, al par. 1, la regola secondo la quale: "Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al sen-

Per quanto concerne il valore giuridico delle Dichiarazione merita di essere ricordato come, sin dall'indomani della sua adozione, si sia alimentato un considerevole dibattito che oggi può considerarsi superato sia in ragione del seguito normativo che i diritti contemplati hanno avuto anche in altri strumenti a carattere vincolante, sia del valore consuetudinario che i diritti contemplati nella Dichiarazione hanno assunto⁹.

Del resto, come è noto, l'adozione della Dichiarazione nel 1948 ha segnato solo il primo passo dell'impegno che le Nazioni Unite hanno profuso nella tutela dei diritti umani. Significative (sebbene riferibili ad ambiti ben delimitati) appaiono alcune celebri affermazioni della Corte internazionale di giustizia. Vale la pena ricordare il (datato) parere sulla Namibia in cui la Corte, per la prima volta, sottolinea la grande rilevanza che i diritti umani assumono nell'ambito del sistema onusiano, equiparando il mancato riconoscimento dei diritti fondamentali alla violazione degli scopi dello Statuto¹⁰, orientamento in seguito ribadito nella sentenza relativa al caso del *Personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran*¹¹, fino ad arrivare al riconoscimento della natura consuetudinaria delle norme poste a protezione dei diritti umani nel caso relativo alle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*¹².

Ancora più rilevante, ai fini dell'evoluzione dell'impegno dell'organizzazione nel riconoscimento dei diritti umani, è la vasta produzione convenzionale unitamente alla creazione di un articolato apparato organizzativo.

so comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo", specifica, al paragrafo successivo che il "contesto" comprende il preambolo (oltre al testo, gli allegati e gli strumenti di cui alle lettere a-b).

⁹ Con riferimento al dibattito sviluppatosi in dottrina intorno al valore giuridico della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo si veda, tra gli altri, C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2013, III ed., p. 28 s., in cui, in particolare si legge: "(...) si può ragionevolmente sostenere che i dubbi sul carattere della Dichiarazione Universale e sulla natura giuridica delle disposizioni nella stessa contenute, che si erano manifestati all'epoca della sua elaborazione, sono praticamente superati dalla costante e coerente prassi dell'ONU che ha attribuito alla Dichiarazione stessa un valore assai simile a quello dello Statuto dell'Organizzazione. Da una parte, infatti, la Dichiarazione sembra costituire un'interpretazione autorizzata dei principi sanciti nello stesso Statuto dell'ONU, dall'altra essa rafforza gli obblighi derivanti dallo Statuto stesso con una indicazione più precisa; e gli Stati membri, avendo contribuito a tale prassi e non essendosi opposti all'estensione graduale dei poteri dell'Organizzazione in questa materia, ma avendone, al contrario, accettato esplicitamente – attraverso voti unanimi – ovvero tacitamente, le decisioni che riaffermano il carattere obbligatorio della Dichiarazione, hanno finito per riconoscere l'accennato carattere obbligatorio per unanime accettazione".

¹⁰ Parere consultivo del 21 giugno 1971, sulle *Conseguenze giuridiche per gli Stati della continua presenza dell'Africa del Sud in Namibia (Sud-Ovest africano) nonostante la risoluzione 276 (1970) del Consiglio di Sicurezza*, in *ICJ Reports*, 1971, p. 16, in cui al par. 131 si legge: "Under the Charter of the United Nations, the former Mandatory had pledged itself to observe and respect, in a territory having an international status, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race. To establish instead, and to enforce, distinctions, exclusions, restrictions and limitations exclusively based on grounds of race, colour, descent or national or ethnic origin which constitute a denial of fundamental human rights is a flagrant violation of the purposes and principles of the Charter".

¹¹ Sentenza del 24 maggio 1980, *Stati Uniti c. Iran*, in *ICJ Reports*, 1980, p. 39, in cui al par. 91 si legge: "Wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights".

¹² Sentenza del 27 giugno 1986, *Nicaragua c. Stati Uniti*, in *ICJ Reports*, 1986, p. 14. In proposito v. C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., in cui a p. 34 si legge: "È proprio nel caso *Nicaragua* che la Corte afferma che le principali norme a protezione dei diritti umani ed i principali strumenti di diritto internazionale umanitario, attraverso la pratica generale e l'*opinio juris*, si sono tradotti in norme di diritto internazionale generale, imponendosi attraverso la via consuetudinaria anche agli Stati non parti di questi strumenti".

Oltre ai Patti del 1966, infatti, numerose sono le convenzioni che si occupano di tutelare specifiche categorie di diritti o specifiche categorie di persone particolarmente vulnerabili¹³.

E l'importanza di tale opera merita di essere sottolineata per almeno due ordini di motivi: da una parte perché essa è caratterizzata da una costanza e continuità, dall'altra per il seguito che tali Convenzioni hanno avuto in termini di numero di ratifiche.

Per quanto concerne, invece, la proliferazione degli organismi a vario titolo impegnati nella promozione e rispetto dei diritti umani essa è sicuramente una testimonianza dell'interesse reale dell'Organizzazione verso tale tematica ed, inoltre, è da sottolineare che proprio le funzioni operative di cui sono dotati alcuni di tali organismi contribuiscono a dare efficacia concreta al riconoscimento di tali diritti (basti pensare all'azione svolta dall'Alto Commissario per il rifugiati)¹⁴.

Tuttavia, non si possono sottacere i limiti che sono ascrivibili tanto alla concreta attuazione delle numerose convenzioni in materia di tutela dei diritti umani, quanto al sistema di organi istituiti dall'Organizzazione.

A fronte dei risultati ricordati, quindi, vanno evidenziate le criticità del sistema che possono essere ricondotte a problematiche da lungo tempo dibattute e sulle quali non sembra vi siano, allo stato attuale, spiragli di miglioramenti significativi.

Innanzitutto, è noto che il fatto che un trattato internazionale riceva un ampio numero di ratifiche non è di per sé indicativo della sua concreta efficacia, visto che non sempre alla ratifica del trattato segue la sua effettiva applicazione all'interno dei singoli Stati. È così che i risultati conseguiti sul piano internazionale grazie alla cooperazione tra Stati e rappresentati dal vasto movimento convenzionale a favore dei diritti umani rischia di essere vanificato dalla insufficiente (talvolta assente) applicazione interna delle norme internazionali. E ciò è ancora più problematico

¹³ Vale la pena di ricordare a tale proposito, oltre al Patto sui diritti civili e politici ed al Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, la Convenzione per l'eliminazione della discriminazione razziale del 1969, la Convenzione per l'eliminazione della discriminazione contro le donne del 1979, la Convenzione contro la tortura ed altri trattamenti o pene crudeli, inumane e degradanti del 1984, la Convenzione per i diritti del fanciullo del 1984, la Convenzione sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2006, la Convenzione per la protezione delle persone che hanno subito un pregiudizio a seguito della scomparsa forzata del 2006.

¹⁴ Com'è noto, lo Statuto attribuisce la competenza principale in materia di protezione dei diritti umani all'Assemblea generale che indirizza l'attività svolta in tale settore dal Consiglio economico e sociale, e ad entrambi gli organi è riconosciuto il potere di istituire organi sussidiari. Tale potere è stato esercitato sin dall'indomani della nascita dell'Organizzazione ed, infatti, risale al 1946 la creazione della Commissione per i diritti umani, successivamente trasformata nel 2006 nel Consiglio per i diritti umani che, a sua volta, si avvale dell'opera dei Relatori speciali su Paesi e temi determinati e dell'ausilio di Gruppi di lavoro. Il sistema contempla, inoltre, vari organi di controllo istituiti dalle Convenzioni settoriali: il Comitato sui diritti umani, il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, il Comitato contro la tortura, il Comitato contro la discriminazione razziale, il Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro la donna, il Comitato dei diritti del fanciullo, il Comitato sui diritti dei lavoratori migranti, il Comitato sui diritti delle persone con disabilità. A coordinamento del complesso insieme di organi è posto l'Ufficio dell'Alto Commissario per i diritti umani. Ovviamente, non si può ritenere che si tratti di un sistema in sé completo ed autosufficiente, essendo la materia dei diritti umani una materia che, inevitabilmente, interessa l'attività di altri enti che fanno parte della famiglia delle Nazioni Unite, basti pensare ai vari campi di azione dei numerosi istituti specializzati, così come dei vari programmi e fondi che fanno capo sempre alle Nazioni Unite.

Per una dettagliata ricostruzione dell'insieme degli organismi facenti capo all'ONU impegnati nella promozione e tutela dei diritti umani si veda C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 134 ss.; B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 411 ss.

laddove si consideri che il diritto internazionale dei diritti umani è un settore del diritto internazionale in continua evoluzione. È paradossale che, mentre si tenta di ampliare la sfera dei diritti e delle categorie di persone da tutelare – in modo da tenere il passo con i progressi della tecnologia, le scoperte scientifiche, gli effetti della globalizzazione – vi siano ancora in alcuni Paesi criticità sensibilmente gravi in ordine all’effettivo riconoscimento dei più basilari fra i diritti fondamentali.

A ciò si aggiunga la criticità dell’apparato organizzativo: nonostante i risultati concreti realizzati da quegli organismi incaricati di svolgere funzioni più propriamente operative, il sistema risulta essere, per certi versi, eccessivamente articolato e complesso, ponendosi, dal punto di vista pratico, problemi di coordinamento tra i vari attori coinvolti e, da un punto di vista più generale, problemi di “politizzazione” tanto in ordine alla composizione degli organi quanto alla procedura. Con riferimento ai mezzi di controllo rappresentati dai vari Comitati incaricati di garantire il rispetto delle numerose Convenzioni sopra citate, il problema principale continua ancora oggi a riguardare la loro scarsa incisività, al punto che, se si guarda all’efficacia di tale tipo di attività, il bilancio non potrà essere pienamente positivo, risultando tanto il sistema dei rapporti statali quanto il sistema delle comunicazioni individuali (che non sfociano in decisioni obbligatorie degli organi stessi) dei meccanismi eccessivamente blandi e non in grado di apportare significativi miglioramenti agli *standards* di protezione richiesti dai principali strumenti in materia.

3. La giurisprudenza delle Corti sovranazionali (e segnatamente, come si dirà oltre, quella della Corte di giustizia dell’Unione europea e della Corte europea dei diritti dell’uomo) ha giocato un ruolo considerevole in uno specifico ambito in cui l’azione delle Nazioni Unite può costituire un *vulnus* per i diritti umani, soprattutto in considerazione del fatto che il sistema onusiano non contempla un controllo giurisdizionale sugli atti adottati in materia dal Consiglio di sicurezza¹⁵.

Vengono in rilievo a tale proposito le ipotesi di violazione dei diritti umani in applicazione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza adottate ai sensi del capitolo VII della Carta per garantire il mantenimento della pace, vale a dire il fine principale delle Nazioni Unite.

A fronte del grande impegno dell’organizzazione verso la promozione e la tutela dei diritti umani, infatti, in questo particolare ambito si sono posti seri problemi in materia di rispetto dei diritti umani.

Si inserisce in tale contesto il ricorso da parte del Consiglio di sicurezza all’adozione di risoluzioni a portata individuale, c.d. sanzioni intelligenti o mirate (*smart sanctions* o *targeted sanctions*) per contrastare il fenomeno del terrorismo internazionale.

La prassi così instaurata (inaugurata già sul finire degli anni ‘90 e poi consolidata dopo gli attentati alle Twin Towers) ha posto una serie di problemi in materia di tutela dei diritti umani, sollevando la questione del bilanciamento tra due valori cardine dello Statuto delle Nazioni Unite: mantenimento della pace da una parte, rispetto dei diritti umani dall’altra.

¹⁵ Da segnalare che, come è stato opportunamente rilevato, non esiste neanche un controllo di tipo politico. In proposito v. L. BORLINI, *Il Consiglio di sicurezza e gli individui*, Milano, 2018, p. 454 in cui si sottolinea “l’assenza di un meccanismo di controllo degli atti degli organi politici all’interno del sistema ONU” e che “nell’ordinamento delle Nazioni Unite non esiste un controllo democratico simile a quello esercitato dai Parlamenti nazionali”.

Sull'onda dell'emergenza la risoluzione 1372/2001 ha segnato una svolta particolarmente importante nell'azione del Consiglio di sicurezza che è andato al di là dei poteri espressamente attribuitigli dal capitolo VII¹⁶.

Com'è noto, il meccanismo sanzionatorio, istituito dalla risoluzione 1267/1999 e affidato al Comitato delle sanzioni all'uopo creato (Comitato 1267, organo sussidiario del Consiglio di sicurezza la cui composizione rispecchia quella del Consiglio stesso), consiste nell'inserimento nelle liste nere dei nominativi di persone fisiche o giuridiche sulle quali grava il sospetto di appartenere alla rete terroristica Al-Qaeda o di essere ad essa in qualche modo collegate. Nei confronti di tali soggetti si dispone l'adozione di provvedimenti volti a colpirli finanziariamente (si pensi al congelamento dei beni) ovvero isolarli (si pensi alle restrizioni alla libertà di movimento).

Si tratta di un meccanismo che è stato successivamente confermato da ulteriori risoluzioni tutte adottate ai sensi del capitolo VII dello Statuto delle Nazioni Unite¹⁷ e che, nonostante i correttivi apportati, pone una serie di problemi in termini di tutela dei diritti umani.

Innanzitutto, occorre sottolineare che nell'ambito delle Nazioni Unite non è prevista la possibilità per i soggetti i cui nominativi siano stati inseriti nella *black-list* di presentare un ricorso innanzi ad un'istanza giurisdizionale indipendente e imparziale. L'eventuale cancellazione dalla lista era inizialmente affidata al solo Comitato 1267 secondo una procedura che era esclusivamente di natura politica essendo interamente gestita dagli Stati ed essendo preclusa agli individui la possibilità di rivolgersi direttamente al Comitato delle sanzioni. Inoltre, la decisione del Comitato in merito ad un'eventuale cancellazione dalla lista (c.d. procedura di *de-listing*) doveva essere assunta all'unanimità, con la conseguenza che ogni Stato membro del Comitato poteva esercitare un diritto di veto in merito e rifiutare la cancellazione¹⁸.

Le disfunzioni non vengono corrette neanche con la risoluzione 1730/2006 istitutiva del cosiddetto *Focal Point*, che, pur essendo stato creato per cercare di migliorare il sistema, ha un ruolo eccessivamente limitato, dovendo semplicemente ricever le richieste di *de-listing* per poi trasmetterle al Comitato.

Anche la successiva istituzione dell'Ombudsperson nel 2009 con la risoluzione 1904 con cui viene sostituito il *Focal Point* apporta solo dei minimi miglioramenti alla procedura. Se, da una parte, infatti, il nuovo organismo può essere adito dagli individui e può formulare le sue osservazioni in merito alla cancellazione dalla lista, dall'altra, la decisione finale in materia di *de-listing* continua ad essere affidata al Comitato delle sanzioni. Ne risulta un meccanismo che, lungi dall'essere depolitizzato, rimane gestito interamente in una dimensione intergovernativa.

A ciò si aggiunga che, con le risoluzioni 1988 e 1989 del 2011, il Consiglio di sicurezza ha previsto due distinti comitati delle sanzioni rispettivamente per i Talebani e Al Quaida prevedendo che per i primi non fosse applicabile il sistema dell'Ombudsperson; per i secondi, invece, il meccanismo viene rivisto secondo una

¹⁶ Per un'approfondita ricostruzione di tale attività del Consiglio di sicurezza si veda B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 267 ss. In generale, sul rapporto tra tale attività ed il rispetto dei diritti umani v. A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, Milano, 2007.

¹⁷ Si tratta delle risoluzioni 1333/2000; 1390/2002; 1455/2003; 1526/2004; 1617/2005; 1735/2006; 1822/2008; 1904/2009.

¹⁸ Sulla procedura di *de-listing* si veda R. CADIN, *La procedura del "delisting" davanti al Consiglio di sicurezza: protezione diplomatica o "supplica" al grande inquisitore?*, in L. PANELLA (a cura di), *La protezione diplomatica: sviluppi e prospettive*, Torino, 2009, p. 599 ss.

“procedura inversa”: la richiesta di cancellazione da parte dell’Ompudsperson o di uno Stato si intende accettata se nei sessanta giorni successivi nessun membro del Comitato manifesti il suo disaccordo; in quest’ultimo caso lo Stato contrario alla cancellazione sottopone la questione al Consiglio di sicurezza che ha sessanta giorni di tempo per decidere. È evidente, quindi, che se ad opporsi alla cancellazione è uno Stato membro permanente del Consiglio di sicurezza, esso avrà il potere di bloccare comunque la cancellazione in quanto potrà esercitare il diritto di veto. In ogni caso, quand’anche l’opposizione dovesse provenire da uno Stato non membro permanente, il problema originario della natura politica della decisione non sarebbe risolto dalla nuova procedura.

È evidente, quindi, che nonostante i correttivi apportati per cercare di regolamentare il *de-listing* e tutelare la posizione di coloro che per errore sono stati inseriti nella lista, i problemi di coordinamento tra tale meccanismo e la tutela dei diritti umani non solo permangono, ma risultano altresì aggravati dalla circostanza che occorre ricercare un giusto equilibrio tra gli obblighi derivanti dall’osservanza delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza (che, essendo adottate *ex art.* 41 della Carta, sono giuridicamente vincolanti per gli Stati membri, i quali devono darne esecuzione nei loro ordinamenti interni) e gli obblighi che derivano dal rispetto dei trattati sui diritti umani.

Risulta chiaro, infatti, che gli individui i cui nominativi siano stati inseriti nelle liste vengono ad essere colpiti nel godimento di alcuni diritti fondamentali. Le misure sanzionatorie adottate nei loro confronti consistono proprio in una limitazione dei diritti che produce effetti non solo sulla sfera dell’interessato, ma anche su quella dei suoi familiari. I provvedimenti che dispongono il congelamento dei beni, per esempio, incidono gravemente sul diritto di proprietà ed hanno ripercussioni sul benessere familiare dal momento che colpiscono finanziariamente l’individuo (in maniera diretta) ed i suoi congiunti (in maniera indiretta). Considerazioni analoghe valgono per le restrizioni alla libertà di movimento che, anche in questo caso, oltre a produrre effetti diretti sulla persona colpita da sanzioni limitandone la libertà personale, hanno inevitabili riflessi sulle persone ad essa legate finendo così per costituire una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare. A ciò si aggiunga la violazione del diritto di difesa nella misura in cui il meccanismo sanzionatorio elaborato in ambito Nazioni Unite non prevede la possibilità per i soggetti colpiti dalle *smart/targeted sanctions* di intervenire direttamente nel procedimento. L’inserimento dei nominativi nelle liste, infatti, non contempla che l’individuo contro cui viene adottato il provvedimento venga ascoltato, con ciò violandosi il diritto al contraddittorio; ed anche la procedura di cancellazione dalla lista, come si è visto, è fortemente caratterizzata dalla natura politica dell’organo che decide non contemplandosi alcun mezzo di ricorso di tipo giurisdizionale, andando così a configurare una violazione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

Com’è evidente, in assenza di un giusto equilibrio tra l’esigenza di assicurare il mantenimento della pace e l’obbligo di rispettare i diritti fondamentali si pone il problema di indagare sui possibili metodi di risoluzione del conflitto tra risoluzioni del Consiglio di sicurezza che possono minacciare il godimento di alcuni diritti fondamentali e norme internazionali poste a tutela dei diritti umani.

Nella ricerca della soluzione possibile entrano in gioco, per altro, due elementi che, allo stesso tempo possono essere risolutivi ovvero forieri di ulteriori complicazioni non solo giuridiche, ma anche pratiche.

Ci si riferisce, da una parte, alla portata dell'art. 103 dello Statuto delle Nazioni Unite, che prevede: "In caso di contrasto tra gli obblighi contratti dai Membri delle Nazioni Unite con il presente Statuto e gli obblighi da esso assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale prevarranno gli obblighi derivanti dal presente Statuto"; e, dall'altra, al ruolo che può giocare in tale complessa questione la giurisprudenza delle corti sovranazionali, segnatamente quelle europee.

4. Nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea la questione relativa alla compatibilità tra misure adottate in esecuzione di risoluzioni sanzionatorie del Consiglio di sicurezza a carattere individuale e rispetto dei diritti fondamentali ha posto all'attenzione degli studiosi una serie di questioni che, più in generale, attengono al rapporto tra le due organizzazioni internazionali ed al loro diverso ruolo nell'ambito del mantenimento della pace.

Vale la pena di ricordare, in via preliminare, i numerosi riferimenti contenuti nel Trattato sull'Unione europea alla Carta delle Nazioni Unite, dai quali si deduce che l'Unione fa propri i principi della Carta¹⁹. Da segnalare, inoltre, che le due organizzazioni hanno alcuni obiettivi comuni, basti pensare (per rimanere all'ambito di interesse della presente indagine) che la pace (obiettivo principale delle Nazioni Unite) è più volte richiamata nel Trattato sull'Unione europea, sia come obiettivo che l'Unione si prefigge di realizzare a livello interno ai sensi dell'art. 3, par. 1²⁰, che come obiettivo da perseguire nell'ambito delle relazioni internazionali²¹.

A ciò si aggiunga che il rispetto dei diritti fondamentali è ormai parte integrante dell'ordinamento dell'Unione, come si evince (oltretutto dal lungo processo di consolidamento per via giurisprudenziale del riconoscimento dei diritti umani nell'ambito dell'allora Comunità, su cui non occorre in tale sede soffermarsi) dall'art. 6 TUE.

Fatta questa necessaria premessa, non stupisce che l'Unione non si sia sottratta (e non avrebbe potuto farlo) ad adottare le misure necessarie a fronteggiare la grave minaccia terroristica.

In particolare, vengono in rilievo, ai fini della presente analisi, gli atti (in special modo i regolamenti) in cui si dispongono sanzioni individuali, sia per dare esecuzione a risoluzioni del Consiglio di sicurezza, sia come atti autonomamente adottati dal Consiglio dell'Unione nell'ambito degli obiettivi della politica estera e

¹⁹ Ciò emerge, in particolare, dalla lettura degli articoli: 3, par. 5 ("Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite"); 21, paragrafi 1 e 2, lett. c) (rispettivamente: "L'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale", e: "L'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di: (...) preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale, conformemente agli obiettivi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite, nonché ai principi dell'Atto finale di Helsinki e agli obiettivi della Carta di Parigi, compresi quelli relativi alle frontiere esterne").

²⁰ "L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli".

²¹ Ai sensi dell'art. 21, par. 2, lett. c).

di sicurezza comune di cui all'art. 21 TUE sulla base dell'art. 215 TFUE, che prevede sia il caso di misure adottate nei confronti di Stati terzi, che il caso di misure adottate nei confronti di persone fisiche e giuridiche. Nelle due ipotesi la procedura coincide perfettamente, prevedendosi che, previa decisione adottata dal Consiglio dell'Unione nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune conformemente al capo 2 del titolo V del TUE, il Consiglio, a maggioranza qualificata e su proposta dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della Commissione, adotta l'atto vincolante.

Quanto al contenuto di tale ultimo atto, esso contiene disposizioni materiali che prevedono sanzioni di natura economica a carico dei destinatari con le quali si dà concreto seguito alla decisione PESC.

Sulla portata di tali misure è evidente che le istituzioni dell'Unione avranno una discrezionalità maggiore laddove si tratti di misure da loro autonomamente decise, mentre avranno una discrezionalità ridotta nell'ipotesi in cui debbano "limitarsi" a dare esecuzione a risoluzioni del Consiglio di sicurezza contenenti sanzioni individuali.

Il sempre più frequente uso di tali strumenti nella lotta al terrorismo ha posto, anche nell'ordinamento dell'Unione, un problema di coordinamento tra tali misure ed il rispetto dei diritti fondamentali, specie con riferimento agli atti di attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza contenenti le *smart/targeted sanctions*, nella misura in cui, come si è visto sopra, il sistema delineato in ambito Nazioni Unite, non contemplando la possibilità per l'individuo di ricorrere contro un'istanza giurisdizionale per far appello al suo inserimento nella *black list*, né di essere ascoltato nella fase precedente per confutare le informazioni ricevute dal Comitato, viola il diritto al contraddittorio ed il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

Proprio in ragione di tale incompatibilità i suddetti atti possono essere oggetto di ricorso di fronte alla Corte di giustizia dell'Unione, sulla base dell'art. 275, co. 2, TFUE²², il quale riconosce la competenza della Corte di giustizia dell'Unione a decidere in materia di ricorsi sul controllo di legittimità degli atti che dispongono misure restrittive nei confronti di persone fisiche e giuridiche adottate dal Consiglio nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune, alle condizioni previste dall'art. 263, co. 4, TFUE, vale a dire a condizione che i ricorrenti provino il loro interesse diretto ed individuale all'annullamento dell'atto, prova che, nel caso di specie, è già data dall'inserimento del nominativo nella lista²³.

Per quanto riguarda l'osservanza dei diritti fondamentali minacciati dagli atti contenenti sanzioni individuali – segnatamente (ma non esclusivamente) il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva riconosciuto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – essa deve essere garantita dalla Corte di giustizia dell'Unione, che, su tali basi, ha disposto l'annullamento parziale di molti atti che erano stati adottati a seguito di risoluzioni del Consiglio di sicurezza e la cancellazione di una serie di nominativi dall'elenco degli individui colpiti da sanzioni,

²² Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in assenza di un'esplicita base giuridica, la Corte di giustizia dell'Unione europea aveva basato la propria competenza a conoscere questo tipo di ricorsi rifacendosi agli articoli 60 e 301, in combinato disposto con l'art. 308 TCE.

²³ Sulle misure restrittive anti-terrorismo dell'Unione europea ed il controllo di legittimità da parte della Corte di giustizia dell'Unione v. M. MESSINA, *Le misure restrittive anti-terrorismo e la responsabilità extra-contrattuale dell'Unione europea*, in L. PANELLA (a cura di), *Le sfide dell'Unione europea a 60 anni dalla Conferenza di Messina*, Napoli, 2016, p. 333 ss.

realizzando, così, a livello di Unione europea una tutela degli individui che, come si è visto, il meccanismo creato in ambito Nazioni Unite, non riesce a realizzare²⁴.

Per cercare di individuare il contributo della giurisprudenza europea al superamento della crisi del sistema onusiano e delle sue conseguenze sulla tutela dei diritti umani, non si può non fare riferimento al celebre caso *Kadi*.

La complessa vicenda giurisprudenziale *Kadi*, infatti, bene pone in evidenza un'evoluzione giurisprudenziale che, partendo dalla iniziale giustificazione delle misure adottate dal Consiglio di sicurezza sulla base della loro prevalenza *ex art.* 103 della Carta ONU su tutti gli altri obblighi internazionali inclusi i trattati sui diritti umani giunge a soluzioni decisamente più caute nel prosieguo delle pronunce (che, come è noto, hanno coperto un lungo arco temporale che va dal 21 settembre 2005 fino al 18 luglio 2013) in cui si sottolinea che il rispetto dei diritti umani costituisce una condizione di legittimità degli atti (allora) comunitari e che pertanto non è consentita l'adozione di misure incompatibili con il rispetto di tali diritti²⁵.

²⁴ A tale proposito è stato rilevato che “[d]ato il carattere ancora largamente ‘politico’ dei mezzi di ricorso messi a punto dal Consiglio di sicurezza e la persistente assenza di un meccanismo imparziale di controllo operante nell’ambito delle Nazioni Unite, è lecito attendersi che la tutela dei diritti degli individui iscritti nelle liste dei comitati delle sanzioni continuerà, anche nel prossimo futuro, ad essere affidata agli organi giurisdizionali comunitari o nazionali, chiamati a controllare l’esecuzione delle misure coercitive del Consiglio”, M. ARCARI, *Sviluppi in tema di tutela dei diritti di individui iscritti nelle liste dei comitati delle sanzioni del Consiglio di sicurezza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 669.

²⁵ La vicenda riguardava una misura di congelamento dei beni disposta dal Regno Unito in applicazione di regolamenti comunitari adottati in esecuzione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza e si è articolata in quattro pronunce dei giudici dell’Unione europea, segnatamente: la sentenza del Tribunale (allora di primo grado) del 21 settembre 2005 (*Kadi I*), in causa T-315/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione* (nello stesso giorno il Tribunale emana la sentenza “gemella” in riferimento alla causa T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*); la sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2008 (*Kadi II*), in cause riunite C-402 e 415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*; la sentenza del Tribunale del 30 settembre 2010 (*Kadi III*), in causa T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Commissione*; la sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013 (*Kadi IV*), in cause riunite C-584, 593 e 595/10 P, *Commissione e al. c. Kadi* sul ricorso presentato dalla Commissione, dal Consiglio e dal Regno Unito contro la sentenza del Tribunale del 2010. Nell’articolato percorso giurisprudenziale, ai fini della presente indagine, meritano di essere sottolineati alcuni punti salienti. In primo luogo, vengono in rilievo le discutibili considerazioni svolte dal Tribunale nella sentenza del 2005 con le quali il ricorso veniva respinto sulla base (tra l’altro) della considerazione del fatto che l’art. 103 della Carta delle Nazioni Unite determinasse la prevalenza delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza su tutti gli altri obblighi internazionali compresi quelli derivanti dal Trattato CE. Più mite la posizione della Corte nella sentenza del 2008 nella quale si afferma che, dal momento che i diritti fondamentali fanno parte del diritto comunitario, gli atti comunitari devono essere ad essi conformi anche quando danno esecuzione a risoluzioni del Consiglio di sicurezza sulla base della considerazione che “secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l’osservanza” e che “il rispetto dei diritti dell’uomo rappresenta una condizione di legittimità degli atti comunitari” tanto che nell’ordinamento dell’Unione europea “non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto di questi ultimi”. Pertanto, ad avviso della Corte “gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l’effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità, che spetta alla Corte controllare nell’ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso”. Secondo la Corte, il regolamento comunitario che rilevava nel caso di specie era da annullare nella parte applicabile ai ricorrenti e da mantenere provvisoriamente in vigore per un periodo non superiore ai tre mesi, in modo da dare alle istituzioni interessate il tempo sufficiente per l’adozione di nuovi atti. Con riferimento al nuovo giudizio promosso contro il regolamento nel frattempo adottato dalla sola Commissione, il Tribunale emana la sentenza del 2010 con

Sul caso *Kadi* si annovera una letteratura ampissima²⁶ alla quale occorre riconoscere il merito di avere posto l'attenzione sull'importanza del tema e di avere dato un valido contributo al dibattito intorno alla necessità non solo (e non tanto) di fissare rigide regole in materia di gerarchia delle fonti, ma anche (e soprattutto) di accendere i riflettori (e, proprio per la lungaggine della vicenda, mantenerli accesi) sulla necessità di tenere in alta considerazione la difesa dei diritti umani sempre e nei confronti di chiunque.

Tra i punti di maggiore interesse della vicenda processuale merita di essere sottolineato l'atteggiamento di maggiore apertura della Corte di giustizia dell'Unione europea che, con la sentenza *Kadi II*, si discosta sensibilmente dalle conclusioni cui era giunto il Tribunale nel 2005. In prima istanza, infatti, il ragionamento dei giudici si era basato interamente su una ricostruzione dei rapporti gerarchici tra le norme secondo un'interpretazione eccessivamente rigorosa dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite fino al punto di riconoscere la supremazia delle misure sanzionatorie decise dal Consiglio di sicurezza su qualsiasi altro obbligo internazionale, anche per il caso in cui dovesse trattarsi di obbligo che dava luogo al riconoscimento di diritti fondamentali. Secondo il Tribunale, infatti, “[s]i deve constatare che, dal punto di vista del diritto internazionale, gli obblighi degli Stati membri dell'ONU ai sensi della Carta delle Nazioni Unite prevalgono incontestabilmente su qualsiasi altro obbligo di diritto interno o di diritto internazionale pattizio, ivi compreso, per quelli tra di essi che sono membri del Consiglio d'Europa, sugli obblighi derivanti dalla CEDU e, per quelli tra di essi che sono anche membri della Comunità, sui

la quale si accolgono pienamente le doglianze del ricorrente e si dispone l'annullamento del regolamento in questione, annullamento poi accolto anche dalla Corte con la sentenza del 2013.

²⁶ Si veda in proposito: E. CANNIZZARO, *A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law*, in *International Organizations Law Review*, 2006, p. 189 ss.; B. CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale di primo grado*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 333 ss.; R. DICKMANN, *L'efficacia delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite nell'ordinamento comunitario*, in www.federalismi.it, 2006, n. 10; A. GIANNELLI, *Il rapporto tra diritto internazionale e diritto comunitario secondo il Tribunale di primo grado delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 131 ss.; ID., *L'«autonomia» del sistema giuridico comunitario rispetto al diritto delle Nazioni Unite*, ivi, 2008, p. 1078 ss.; E. CANNIZZARO, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia nel caso Kadi*, ivi, 2008, p. 1075 ss.; C. ECKES, *Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures. The Yusuf and Kadi Judgments of the Court of First Instance*, in *European Law Review*, 2008, p. 74 ss.; J.P. JACQUE, *Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, p. 161 ss.; J. KOKOTT, C. SOBotta, *The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 1015 ss.; R. CADIN, *La saga Kadi e la ricerca della quadratura del cerchio nell'ambito dei sistemi multilivello: l'approccio sistematico nella recente giurisprudenza delle Corti europee*, in L. PANELLA (a cura di), *I diritti umani nella giurisprudenza e nella prassi del diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2013, p. 211 ss.; E. CANNIZZARO, *Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights: Some Remarks on the ECJ Decision in the Kadi Case*, in yel.oxfordjournals.org, 16 novembre 2013; L. GRADONI, *Raccontare Kadi dopo Kadi II: perché la Corte di giustizia dell'Unione europea non transige sul rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 587 ss.; A. CUYVERS, *“Give Me One Good Reason”: The Unified Standard of Review for Sanctions After Kadi II*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1759 ss.; E. DE WET, *From Kadi to Nada: Judicial Techniques Favoring Human Rights over United Nations Security Council Sanctions*, in chinesejil.oxfordjournals.org, 2013; V. SCIARABBA, *La Corte di giustizia, le misure antiterrorismo, i diritti fondamentali e la “Carta di Nizza”: l'epilogo della vicenda Kadi*, in *Europeanrights Newsletter*, 2014, www.europeanrights.eu.

loro obblighi derivanti dal Trattato CE²⁷. Tale prevalenza si riferisce anche alle decisioni del Consiglio di sicurezza in virtù dell'obbligo che incombe agli Stati membri delle Nazioni Unite di accettare ed eseguire tali decisioni *ex art. 25* dello Statuto. L'unica deroga ammessa alla supremazia delle suddette risoluzioni riguarda l'ipotesi in cui queste siano in contrasto con norme di *jus cogens* ("inteso come un ordinamento pubblico internazionale che s'impone nei confronti di tutti i soggetti del diritto internazionale, compresi gli organi dell'ONU, e al quale non è possibile derogare"), con riferimento alle quali il Tribunale sottolinea la propria competenza a controllarne, in via incidentale la legittimità²⁸.

Il ragionamento seguito dal Tribunale ha il merito di avere puntualizzato che gli obblighi che gli Stati membri dell'allora Comunità europea hanno assunto ratificando la Carta di San Francisco sono vincolanti anche per la stessa Comunità, la quale "è tenuta, in forza del Trattato mediante il quale è stata istituita, ad adottare, nell'esercizio dei suoi poteri, tutte le disposizioni necessarie, affinché i suoi Stati membri possano adempiere a tali obblighi"²⁹. Da questo punto di vista, quindi, la sentenza è da considerarsi sicuramente apprezzabile nella misura in cui realizza un coordinamento tra le attività delle due organizzazioni da salutare con favore, visto il delicato ambito in cui tale problema di coordinamento si è posto, vale a dire il mantenimento della pace.

Tuttavia, ciò che ha destato perplessità riguarda il fatto che, in nome della superiorità degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite (e, quindi, delle decisioni del Consiglio di sicurezza) il Tribunale abbia sacrificato la tutela dei diritti fondamentali³⁰.

²⁷ Punto 181. Con riferimento alla portata dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite il Tribunale precisa al punto 183: "Per quanto riguarda (...) i rapporti tra la Carta delle Nazioni Unite e il diritto internazionale pattizio, tale regola di prevalenza è espressamente sancita dall'art. 103 della detta Carta (...). Conformemente all'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, e contrariamente alle regole normalmente applicabili in caso di trattati successivi, essa si applica sia ai trattati anteriori sia ai trattati posteriori alla Carta delle Nazioni Unite".

²⁸ Punto 226.

²⁹ Punto 204. In proposito v. U. VILLANI, *L'attuazione da parte dell'Unione europea delle decisioni del Consiglio di sicurezza per il mantenimento della pace e la lotta al terrorismo*, in M.L. TUFANO (a cura di), *La crisi dell'Unione Europea. Problematiche generali e verifiche settoriali*, Napoli, 2007, pp. 175-176, in cui si legge: "Tale posizione ha il risultato, certamente apprezzabile, di garantire una piena conformità del diritto comunitario agli obblighi derivanti dalla Carta, assicurando una completa, uniforme e diretta efficacia alle sanzioni decise dal Consiglio di sicurezza e conferendo, per tale via, un valore aggiunto a tali sanzioni. Va sottolineato, inoltre, che questo risultato è raggiunto dal Tribunale salvaguardando l'autonomia dell'ordinamento comunitario ed escludendo qualsiasi subordinazione della Comunità rispetto al Consiglio di sicurezza: l'obbligo della Comunità di dare esecuzione alle decisioni di quest'ultimo non è fondato, infatti, sul diritto internazionale generale, né sulla Carta dell'ONU, ma sullo stesso Trattato CE".

³⁰ Sul punto è stato molto opportunamente sottolineato come: "(...) la posizione del Tribunale non tenga sufficientemente conto della necessità di conciliare la lotta al terrorismo con il rispetto dei diritti umani. Infatti, il sistema degli elenchi del Comitato per le sanzioni – che da tale giurisprudenza viene legittimato – non comporta solo un'attenuazione, o una temporanea sospensione o deroga del diritto di difesa. (...) Al contrario, il sistema degli elenchi, da un lato tende ad applicarsi in via permanente (salvo l'aggiornamento e la revisione dei nomi in essi contenuti), dall'altro, esclude qualsiasi controllo da parte di organi indipendenti. Esso, in definitiva, più che una deroga temporanea al diritto di difesa, determina una pura e semplice "abrogazione" di tale diritto. Per tale via, sia pure in nome di un interesse essenziale della comunità internazionale quale la lotta al terrorismo, si presenta il rischio del disconoscimento di un diritto fondamentale nell'ordinamento comunitario e, ancor prima, radicato nelle costituzioni degli Stati europei", U. VILLANI, *L'attuazione da parte dell'Unione europea delle decisioni del Consiglio di sicurezza*, cit., p. 180.

La Corte, pur non entrando nel merito della portata dell'art. 103, giunge a delle conclusioni opposte rispetto a quelle del Tribunale, fondando il proprio ragionamento sulla considerazione dell'autonomia dell'ordinamento (allora) comunitario con la conseguenza che gli atti delle istituzioni e degli Stati membri debbano essere soggetti ad un controllo di conformità ai Trattati istitutivi, pena la loro illegittimità³¹. Ad avviso della Corte, infatti, la prevalenza degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite non può spingersi fino al punto di riconoscere una sorta di immunità giurisdizionale all'atto comunitario di attuazione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza che sia in contrasto con i diritti fondamentali³², in quanto non è possibile mettere in discussione "i principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico comunitario, tra i quali quello della tutela dei diritti fondamentali, che include il controllo, ad opera del giudice comunitario, della legittimità degli atti comunitari quanto alla loro conformità a tali diritti fondamentali"³³. Pertanto, la Corte dispone l'annullamento del regolamento oggetto del ricorso sulla base della considerazione che ad essa spetta un controllo, in linea di principio completo, sulla legittimità di tutti gli atti comunitari con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali³⁴.

Con la sentenza *Kadi* del 2008 il ragionamento seguito dalla Corte (per altro largamente condivisibile) sembra, quindi, maggiormente orientato a cercare delle possibili soluzioni al problema della garanzia del rispetto dei diritti fondamentali anche in situazioni particolarmente delicate come la lotta al terrorismo, piuttosto che a fissare regole in materia di gerarchia delle fonti ed effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza³⁵.

³¹ In proposito è stato rilevato che "la Corte afferma di non voler (e poter) sottoporre a sindacato giurisdizionale la legittimità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza o negare la loro efficacia vincolante per gli Stati membri proprio perché, coerentemente con l'approccio dualista, se ne può disinteressare: quello che conta, dal suo punto di vista, è assicurare l'integrità dell'ordinamento comunitario anche al rischio di isolarlo dalle dinamiche giuridiche ad esso formalmente estranee", R. CADIN, *La saga Kadi e la ricerca della quadratura del cerchio nell'ambito dei sistemi multilivello*, cit., p. 218 s.

³² Al punto 299 si legge: "(...) i principi che disciplinano l'ordinamento giuridico internazionale creato dalle Nazioni Unite non implicano che un controllo giurisdizionale della legittimità interna del regolamento controverso sotto il profilo dei diritti fondamentali sia escluso per il fatto che l'atto in questione mira ad attuare una risoluzione del Consiglio di sicurezza adottata in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite".

³³ Punto 304.

³⁴ Al punto 326 si legge, infatti: "(...) i giudici comunitari devono, in conformità alle competenze di cui sono investiti in forza del Trattato CE, garantire un controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti comunitari con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, ivi inclusi gli atti comunitari che, come il regolamento controverso, mirano ad attuare risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite".

³⁵ Sul punto è stato osservato (E. CANNIZZARO, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 1078): "Dalla sentenza (...) non emerge una chiara indicazione sulla soluzione da dare alla questione degli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario. Né vi è ragione di pensare che la soluzione di essa avrebbe significativamente influenzato la soluzione della controversia principale ad opera della Corte. Se la scelta della Corte di lasciare indeterminata tale questione non è, quindi, di per sé irragionevole, appare invece incoerente la scelta di affrontare una serie di problematiche dipendenti da essa e, a propria volta, non necessarie al fine di risolvere la controversia principale. Sarebbe stata maggiormente coerente la scelta della Corte di ricostruire gli effetti giuridici prodotti, direttamente o indirettamente, nell'ordinamento comunitario da risoluzioni del Consiglio di sicurezza in modo da ricavarne delle conseguenze sul piano della validità di tali atti, sia sul piano dell'ordinamento comunitario che, eventualmente, su quello dell'ordinamento

Le questioni di ordine generale, come il rapporto tra fonti, la portata dell'art. 103, il bilanciamento di valori essenziali per la comunità internazionale (pace e diritti umani) vengono, per altro, definitivamente marginalizzate nelle successive pronunce *Kadi III* (Tribunale, 2010) e *Kadi IV* del (Corte, 2013). In particolare, tale ultima sentenza che pone fine all'intera saga, si concentra essenzialmente sugli aspetti più squisitamente tecnici del controllo giurisdizionale in merito all'inserimento di un nominativo nelle *black list* disposte da atti di diritto dell'Unione europea in esecuzione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza, concludendo che “nessuna delle accuse formulate a carico del sig. Kadi nell'esposizione dei motivi fornita dal Comitato per le sanzioni è idonea a giustificare l'adozione, a livello dell'Unione, di misure restrittive nei suoi confronti, e ciò vuoi per insufficienza di motivazione, vuoi per assenza di elementi d'informazione o di prova atti a suffragare il motivo di cui trattasi a fronte delle circostanziate contestazioni opposte dall'interessato”³⁶.

Ove si consideri la durata del caso, il botta e risposta delle istanze giurisdizionali dell'Unione europea, il coinvolgimento con il quale la dottrina ha seguito le varie fasi processuali, non si potrà che giudicare deludente il modo in cui la Corte di Lussemburgo ha posto la parola fine.

Tuttavia, ciò che occorre considerare riguarda la coeva giurisprudenza della Corte di Strasburgo (su cui si tornerà nel prosieguo della presente indagine) ed il fatto che dalle origini del caso *Kadi* alla sua conclusione si è assistito ad un'imponente crescita del numero di risoluzioni del Consiglio di sicurezza contenenti sanzioni mirate che, ad avviso di chi scrive, ha probabilmente influito nell'atteggiamento di cautela e prudenza dei giudici dell'Unione europea.

Attualmente numerosi sono i regimi sanzionatori che fanno capo ad un numero estremamente ampio di risoluzioni con un ampliamento dei settori di interesse, non più confinati alla sola lotta al terrorismo internazionale ma rivolti anche ad altri ambiti che, in virtù dell'elasticità del concetto di “minaccia alla pace”, il Consiglio fa rientrare nella sua azione per il mantenimento della pace.

Oltre alle misure adottate per fronteggiare crisi specifiche (Sudan, Repubblica democratica del Congo, Libia, solo per citarne alcune) ed alle sanzioni contro i Talebani e gli enti e le persone ad essi collegati, contro l'ISIL, contro Al-Quaeda ed i soggetti che la supportano (inclusi i *foreign fighters*), figurano anche le sanzioni contro i responsabili di violazioni della risoluzione 1540/2004 sulla non proliferazione delle armi di distruzione di massa.

È evidente che di fronte ad un ampliamento di tale portata l'accoglimento di tesi che vedono il primato delle risoluzioni in questione su qualsiasi altra norma internazionale (sebbene con la deroga dello *ius cogens*) finirebbe per dotare il Consiglio

internazionale. Non ne sarebbe risultato necessariamente scalfito il principio del primato dei principi fondamentali nell'ordinamento comunitario. Si sarebbe anzi attenuata l'impressione di discontinuità fra ordinamento comunitario e diritto internazionale che emerge dalla sentenza e che sarà verosimilmente caratterizzata come un tratto di essa”.

³⁶ Sentenza *Kadi IV*, punto 163, che consegue alla considerazione in base alla quale “il rispetto dei diritti della difesa e del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva richiede, da una parte, che l'autorità competente dell'Unione comunichi all'interessato l'esposizione dei motivi fornita dal comitato per le sanzioni su cui è fondata la decisione di inserire o mantenere il suo nominativo nell'elenco di cui all'allegato I del regolamento n. 881/2002, che essa gli consenta di esprimere in modo utile le sue osservazioni in merito e che essa valuti, con cura ed imparzialità, la fondatezza dei motivi addotti alla luce delle osservazioni formulate e degli eventuali elementi probatori a discarico prodotti dall'interessato”.

di sicurezza di poteri estremamente ampi ed, inoltre, il fatto che tale ampliamento avverrebbe con il suffragio di corti sovranazionali, potrebbe costituire quella *opinio juris* che, unitamente alla prassi consiliare non osteggiata dagli Stati, finirebbe per produrre una modifica dello Statuto delle Nazioni Unite per via consuetudinaria.

La salvaguardia verso tale deriva sta nel fatto che a l'ampliamento dell'azione del Consiglio di sicurezza fa seguito un aumento dei casi in cui le istanze giurisdizionali sovranazionali devono decidere sulle presunte violazioni derivanti dall'applicazione delle misure sanzionatorie.

E la risposta di tali corti, per quanto non sia sempre convincente, per quanto spesso si presti a critiche, appare essenziale per la garanzia che offre in termini di tutela dei diritti umani con esempi che in alcuni casi devono essere salutati con favore.

Vale la pena di ricordare che la giurisprudenza prodotta in ambito Unione europea a proposito del controllo giurisdizionale sugli atti contenenti misure restrittive va a colmare una sorta di "superficialità" delle istituzioni europee. Sia che si tratti di atti posti in essere in esecuzione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza, sia che si tratti di atti autonomamente adottati dall'Unione, ciò che rileva è la violazione (oltretutto dei diritti espressamente oggetto di limitazioni nelle misure sanzionatorie) del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva ai danni dell'individuo il cui nominativo sia stato inserito nella *black list* stante la perdurante mancanza in ambito Nazioni Unite di un sistema di ricorso cui possono avvalersi le persone fisiche e giuridiche destinatarie delle sanzioni. I vizi del modello onusiano, quindi, finiscono per avere ripercussioni nell'ordinamento dell'Unione europea, in cui, però, a differenza dell'impianto strutturale delle Nazioni Unite, esiste un controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti che pone riparo ad eventuali violazioni, fissando dei principi che, sebbene, come si è visto con la vicenda *Kadi* non siano di ordine generale sul rapporto tra fonti, hanno il merito di contribuire alla evoluzione in tema di tutela dei singoli³⁷.

Viene in rilievo a tale proposito il caso *Safa Nicu* deciso dal Tribunale dell'Unione europea in data 25 novembre 2014, in cui per la prima volta viene riconosciuto il diritto al risarcimento del danno morale accertato in conseguenza dell'inserimento di un nominativo all'interno delle misure restrittive individuali³⁸. Fino a tale pronuncia

³⁷ Si veda al riguardo la recente sentenza della Corte del 19 dicembre 2018, causa C-530/17, *Mykola Yanovych Azarov c. Consiglio dell'Unione europea*, in cui al punto 27 si legge: "secondo una ben consolidata giurisprudenza, quando adotta misure restrittive, il Consiglio è tenuto a rispettare i diritti fondamentali che costituiscono parte integrante del diritto dell'Unione, fra i quali figurano, come indicato al punto 21 della presente sentenza, i diritti della difesa e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva". Tutela che risulta, per altro, rafforzata dalla possibilità di ottenere l'invalidità della misura restrittiva attraverso il rinvio pregiudiziale di validità, come risulta dalla sentenza della Corte del 28 marzo 2017, causa C-72/15, *The Queen (PJSC Rosneft Oil Company) c. Her Majesty's Treasury*. Per un commento alla sentenza ultima citata si veda S. POLI, *The Common Foreign Security Policy after Rosneft: Still Imperfect but Gradually Subject to the Rule of Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1799 ss.

³⁸ Il caso riguardava il ricorso presentato dalla società iraniana *Safa Nicu Sepahan* contro le misure restrittive derivanti da alcuni atti dell'Unione europea. Il Tribunale accoglie la richiesta di risarcimento con sentenza del 25 novembre 2014, causa T-384/11, *Safa Nicu Sepahan c. Consiglio*. Per dei commenti si veda I. QUERCI, *Il Tribunale dell'Unione europea liquida per la prima volta il danno morale conseguente all'inserimento in un elenco di misure restrittive individuali*, in *Eurojus.it*, 20 febbraio 2015, www.rivista.eurojus.it; M. MESSINA, *Il controllo giurisdizionale delle misure restrittive antiterrorismo ed il risarcimento del danno da "listing" nel diritto dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 605 ss.; ID., *The European Union Non-Contractual Liability Following Country and Counterterrorism Sanctions: Is There Anything to Learn from the Safa Nicu Sepahan Case?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 631 ss.

non erano state accolte le richieste di risarcimento di danno non patrimoniale avanzate da parte di coloro i quali ritenevano che l'inserimento dei loro nominativi nelle *black lists* fosse pregiudizievole, non solo dal punto di vista materiale per le ripercussioni di tipo finanziario che tali provvedimenti potevano comportare (basti pensare al congelamento dei beni), ma anche dal punto di vista morale per le conseguenze che il danno da *listing* può comportare sul piano dei rapporti sociali e della vita di relazione³⁹.

Vi era stato, in effetti, un primo timido segnale di apertura in tal senso da parte della Grande sezione della Corte nel caso *Abdulrahim*, in cui si affermava che “se il riconoscimento dell’illegittimità dell’atto impugnato non può, in quanto tale, riparare un danno materiale o un pregiudizio alla vita privata, esso può nondimeno – come affermato dal sig. Abdulrahim – riabilitarlo o costituire una forma di riparazione del danno morale da lui subito in conseguenza di tale illegittimità, e giustificare quindi la persistenza del suo interesse ad agire”⁴⁰.

È il citato caso *Safa Nicu* che consacra l’effettiva apertura verso il risarcimento del danno non patrimoniale, in considerazione del grave pregiudizio di tipo morale arrecato dall’inserimento del nominativo nella *black list* in conseguenza dell’adozione di un provvedimento illegittimo di misure restrittive che, solo in parte, può ricevere ristoro dalla cancellazione della lista, nel senso che tale decisione può ridurre l’ammontare del risarcimento⁴¹, ma non può di per sé risarcire per l’onta che comporta l’essere individuati come soggetti che contribuiscono a mettere in pericolo la pace e la sicurezza internazionale⁴². Tale orientamento non solo è da salutare con

³⁹ In linea generale l’unico risultato di cui i ricorrenti hanno potuto beneficiare in conseguenza del controllo giurisdizionale sugli atti contenenti le misure restrittive è consistito nella cancellazione del nominativo dalla lista con annullamento parziale dell’atto nella parte in cui li riguardava, ma, a fronte di tale decisione “i soggetti rimossi da tali elenchi non hanno avuto molte possibilità di veder sanato il pregiudizio derivante dalla loro inclusione. Infatti, nella maggior parte dei casi in cui i ricorrenti non si erano limitati alla richiesta di annullamento dell’atto UE in questione ma avevano anche lamentato di aver subito un danno, patrimoniale e non, in seguito al loro coinvolgimento in tali vicende e soprattutto all’inclusione nelle c.d. ‘liste nere’ o *black lists*, essi non sono quasi mai riusciti ad ottenere un risarcimento del danno conseguente alla constatazione di una responsabilità extra-contrattuale dell’Unione per le azioni poste in essere dalle proprie istituzioni, ai sensi degli articoli 268 e 340, co. 2, TFUE. I motivi per cui ai ricorrenti è stato quasi sempre negato il ristoro del pregiudizio subito per effetto dell’inclusione nelle *black lists* sono principalmente due. In primo luogo, in un numero piuttosto cospicuo di casi il giudice UE non ha ritenuto la violazione del diritto dell’Unione come sufficientemente seria o sufficientemente qualificata da accordare un risarcimento pecuniario conseguente a tale violazione. In secondo luogo, i ricorrenti non sono quasi mai riusciti a dimostrare il nesso di causalità tra l’inserimento dei loro nominativi negli elenchi e il danno effettivamente lamentato”, M. MESSINA, *Il controllo giurisdizionale delle misure restrittive antiterrorismo*, cit., p. 618. Sulla questione del risarcimento del danno derivante da un atto illegittimo dell’Unione si veda U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell’Unione europea*, Bari, 2017, V ed., p. 398, in cui si legge: “Non ogni atto (o omissione) illegittimo dell’Unione dà luogo a un obbligo di risarcire i danni”. In materia di responsabilità extracontrattuale dell’Unione per danni derivanti da misure restrittive si vedano le seguenti sentenze del Tribunale: del 23 novembre 2011, causa T-341/07, *Sison c. Consiglio*; del 18 maggio 2013, causa T-187/11, *Trabelsi e al. c. Consiglio*; dell’11 luglio 2014, causa T-293/12, *Syria International Islamic Bank c. Consiglio*; del 16 luglio 2014, causa T-572/11, *Hassan c. Consiglio*; del 18 settembre 2014, causa T-168/12, *Georgias e al. c. Consiglio*; del 26 febbraio 2015, causa T-652/11, *Sabbagh c. Consiglio*.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 28 maggio 2013, causa C-239/12 P, *Abdulrahim c. Consiglio e Commissione*, punto 72.

⁴¹ V. in proposito i punti 86, 87 e 88 della sentenza.

⁴² Al punto 80 della sentenza si legge: “quando una entità costituisce l’oggetto di misure restrittive in ragione dell’appoggio che si afferma abbia fornito alla proliferazione nucleare, essa viene pubblicamente associata ad un comportamento considerato come una minaccia grave alla pace ed alla sicurezza

particolare favore laddove amplia la tutela dei soggetti ingiustamente colpiti dalle misure restrittive, ma è stato anche confermato dalla Grande sezione della Corte di giustizia che recepisce integralmente il ragionamento seguito dal Tribunale⁴³.

5. Se, quindi, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea è stato possibile fissare per via giurisprudenziale alcuni punti fermi in tema di maggiore tutela delle persone fisiche e giuridiche ingiustamente colpite dalle sanzioni individuali, la questione diventa, come è evidente, decisamente più complessa quando gli Stati devono conciliare gli obblighi che loro incombono in virtù dell'appartenenza alle Nazioni Unite con gli obblighi che derivano dall'osservanza dei trattati sui diritti umani.

Problemi di coordinamento che possono essere ulteriormente complicati laddove i suddetti trattati contemplino meccanismi di controllo che fanno capo ad istanze giurisdizionali.

A tale proposito occorre ricordare che nell'ambito della copiosa giurisprudenza in materia elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo alcuni principi fondamentali si sono consolidati, dando un significativo contributo al tentativo di operare un giusto equilibrio tra valori di fondamentale importanza per la comunità internazionale.

La Corte di Strasburgo ha avuto modo di pronunciarsi per la prima volta sul tema della compatibilità tra le misure sanzionatorie individuali del Consiglio di sicurezza e gli obblighi in materia di diritti umani con la sentenza della Grande Camera del 12 settembre 2012 relativa al caso *Nada*, in conseguenza del ricorso presentato dal Sig. Youssef Nada, a seguito del suo inserimento (e quello della sua impresa "Nada Management Organization" e di un membro del consiglio di amministrazione dell'azienda) nella *black-list* di sospetti terroristi delle Nazioni Unite. In particolare, le sanzioni ai danni del ricorrente consistevano nel congelamento dei beni e nel *travel ban* (quest'ultimo mantenuto anche di fronte alla richiesta del ricorrente di lasciare la Svizzera per sottoporsi ad un trattamento medico)⁴⁴.

La Grande Camera condanna la Svizzera per la violazione del rispetto della vita privata e familiare e al diritto a un ricorso effettivo, rilevando che gli obblighi imposti dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza siano obblighi di risultato che, quindi, lasciano agli Stati un certo margine di discrezionalità circa le modalità per darvi attuazione⁴⁵. Ed è, quindi, un dovere degli Stati quello di utilizzare il margine di manovra di cui dispongono per conciliare il contenuto della sanzione individuale con le esigenze della tutela dei diritti della persona sospettata di terrorismo⁴⁶.

internazionali, con la conseguenza di suscitare disdegno e diffidenza nei suoi confronti, compromettendo in tal modo la sua reputazione ed arrecandole, pertanto, un danno non patrimoniale".

⁴³ Sentenza del 30 maggio 2017, causa C-45/15 P, *Safa Nicu Sepahan c. Consiglio*.

⁴⁴ Sul caso *Nada v. A. ANNONI*, *La sentenza Nada della Corte europea dei diritti dell'uomo: un altro tassello di un puzzle non ancora completo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 140 ss.; J.P. JACQUE, *A propos de Nada contre Suisse: les résolutions du Conseil de Sécurité devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2013, p. 308 ss.

⁴⁵ Al par. 176 si legge: "la Charte des Nations unies n'impose pas aux Etats un modèle déterminé pour la mise en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de cette Charte. Sans préjudice de la nature contraignante de ces résolutions, la Charte laisse en principe aux membres des Nations Unies le libre choix entre différents modèles possibles de réception dans leur ordre juridique interne de telles résolutions. Ainsi, elle impose aux Etats une obligation de résultat, leur laissant le libre choix des moyens pour se conformer aux résolutions".

⁴⁶ Sul punto v. A. ANNONI, *op. cit.*, p. 143.

Tale conclusione, come è evidente, ha permesso alla Corte di non pronunciarsi in merito alla controversa questione del rapporto fra obblighi derivanti dallo Statuto delle Nazioni Unite e obblighi derivanti dalla CEDU⁴⁷, riuscendo comunque a dare un contributo al dibattito intorno alla controversa questione dei rapporti fra risoluzioni del Consiglio di sicurezza e Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nella necessità di armonizzare gli obblighi derivanti dall'appartenenza alle Nazioni Unite con gli obblighi che derivano dalla Convenzione europea sta, infatti, la soluzione al problema del coordinamento tra i due tipi di norme.

Certo si tratta di un esito deludente ove si consideri l'attesa che aveva suscitato la pronuncia tra coloro i quali auspicavano che la Corte indicasse una soluzione definitiva dello spinoso problema relativo al rapporto gerarchico fra risoluzioni del Consiglio di sicurezza e Convenzione europea. Ma occorre chiedersi se sia così necessario fissare una tale gerarchia.

È chiaro che i giudici di Strasburgo non hanno volutamente affrontato la questione (forse anche alla luce delle aspre critiche che aveva suscitato la decisione *Behrami e Saramati*)⁴⁸ e ciò non deve essere necessariamente valutato in maniera negativa.

Si ricorda, infatti, che la vicenda relativa ai casi *Behrami e Saramati* aveva portato la Corte ad affermare la propria incompetenza a giudicare eventuali violazioni della Convenzione compiute dagli Stati in esecuzione degli obblighi loro derivanti da risoluzioni del Consiglio di sicurezza adottate nell'ambito del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, in quanto si tratta di azioni fondamentali per assicurare il

⁴⁷ *Ivi*, p. 146, si legge: "Non si può non rilevare come, nella sentenza *Nada*, la Corte europea abbia aggiunto un tassello importante alla ricostruzione dei rapporti fra risoluzioni del Consiglio di sicurezza e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, affermando la propria competenza a valutare gli atti posti in essere dagli Stati parti in attuazione di tali risoluzioni e ribadendo la necessità di armonizzare, per quanto possibile, il contenuto degli obblighi derivanti dall'appartenenza alle Nazioni Unite con quelli discendenti dalla Convenzione europea. Il ragionamento seguito dalla Grande Camera, tuttavia, non è sempre lineare ed in alcuni punti risulta difficilmente condivisibile. Le speranze, poi, di chi si attendeva finalmente dalla Corte una parola definitiva sulla questione della gerarchia fra risoluzioni del Consiglio di sicurezza e Convenzione europea sono state disattese".

⁴⁸ Decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 31 maggio 2007, sull'ammissibilità dei ricorsi *Behrami c. Francia*, e *Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*. I fatti oggetto del ricorso riguardavano presunte violazioni del diritto alla vita, alla libertà personale ed al giusto processo (rispettivamente articoli 2, 5 e 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) commesse in Kosovo da parte di membri della forza di sicurezza Nato (KFOR) e dell'operazione di mantenimento della pace autorizzata dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (UNMIK) ai danni dei ricorrenti. Nell'ampia bibliografia sulla decisione si veda, tra gli altri, P. KLEIN, *Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: quelques considérations critiques sur l'arrêt Behrami et Saramati*, in *Annuaire français de droit international*, 2007, p. 43 ss.; P. PALCHETTI, *Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi Behrami e Saramati*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 681 ss.; E. BRANDOLINO, *Amministrazioni ONU e tutela dei diritti umani: osservazioni in margine ai casi Behrami e Saramati*, in *La Comunità Internazionale*, 2008, p. 279 ss.; G.C. BRUNO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite: la decisione Behrami e Behrami e Saramati*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 187 ss.; P. LAGRANGE, *Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, in *Revue générale de droit international public*, 2008, p. 85 ss.; K.M. LARSEN, *Attribution of Conduct in Peace Operations: The 'Ultimate Authority Control' Test*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 509 ss.; S. VALENTI, *La questione dell'applicabilità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo alle forze di mantenimento della pace in Kosovo: i casi Behrami e Saramati*, 2008, unipdcentrodirittiumani.it.

rispetto della pace e della sicurezza internazionale rispetto alle quali non è ammissibile alcuna interferenza⁴⁹.

È del tutto evidente che laddove tale posizione della Corte si fosse consolidata, fissando in maniera rigida la supremazia degli obblighi derivanti dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza in tema di mantenimento della pace su tutti gli altri obblighi internazionali, avrebbe potuto portare a delle conseguenze di non poco rilievo.

Nulla quaestio laddove la suddetta cristallizzazione porti ad una prevalenza degli obblighi in materia di tutela dei diritti umani, ma *quid* nel caso in cui fosse fissata la prevalenza degli obblighi derivanti dallo Statuto delle Nazioni Unite? In quest'ultima ipotesi qualsiasi deriva del Consiglio di sicurezza non avrebbe alcun argine e ciò, stante la crisi del sistema di sicurezza collettiva e l'attuale contesto internazionale, potrebbe essere foriero di scenari allarmanti.

Sembra, dunque, apprezzabile il superamento della “dottrina *Behrami*” da parte della Corte di Strasburgo che torna ad occuparsi del tema del rapporto tra *smart/targeted sanctions* e rispetto dei diritti umani nel caso *Al Dulimi* continuando a non prendere posizione in tema di gerarchia delle norme *ex art. 103* della Carta ONU, ma affrontando, piuttosto, la questione, attraverso una comparazione tra la tutela garantita dalla Convenzione e quella prevista dall'ordinamento interno dello Stato contro cui il ricorso è stato proposto, vale a dire la Svizzera, e ciò in quanto non vi era ad avviso della Corte un conflitto tra la risoluzione del Consiglio di sicurezza da cui originavano le misure restrittive e la Convenzione⁵⁰. Secondo la Corte, l'appli-

⁴⁹ Al par. 149 si legge: “In the present case, Chapter VII allowed the UNSC to adopt coercive measures in reaction to an identified conflict considered to threaten peace, namely UNSC Resolution 1244 establishing UNMIK and KFOR. Since operations established by UNSC Resolutions under Chapter VII of the UN Charter are fundamental to the mission of the UN to secure international peace and security and since they rely for their effectiveness on support from member states, the Convention cannot be interpreted in a manner which would subject the acts and omissions of Contracting Parties which are covered by UNSC Resolutions and occur prior to or in the course of such missions, to the scrutiny of the Court. To do so would be to interfere with the fulfilment of the UN's key mission in this field including, as argued by certain parties, with the effective conduct of its operations. It would also be tantamount to imposing conditions on the implementation of a UNSC Resolution which were not provided for in the text of the Resolution itself. This reasoning equally applies to voluntary acts of the respondent States such as the vote of a permanent member of the UNSC in favor of the relevant Chapter VII Resolution and the contribution of troops to the security mission: such acts may not have amounted to obligations flowing from membership of the UN but they remained crucial to the effective fulfilment by the UNSC of its Chapter VII mandate and, consequently, by the UN of its imperative peace and security aim”. Sulla questione si veda P. DE SENA, M.C. VITUCCI, *The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 206, in cui si sottolinea: “This reference to the imperative peace and security aim and to the effectiveness of Security Council action in this field shows that the Court's real interest is focused on the values enshrined in collective security action, more specifically on ensuring public safety and the smooth administration of Kosovo. More than the formal primacy of UN Security Council obligations, it is the primacy of some UN substantive values that is at stake”.

⁵⁰ Sentenza della Grande Camera del 21 giugno 2016, caso *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera*. Il caso riguardava un ricorso presentato contro la Svizzera per la presunta violazione dell'art. 6 della Convenzione. I ricorrenti, iscritti nella lista del Comitato delle sanzioni istituito con la risoluzione n. 1518/2003 in quanto sospettati di avere contribuito al finanziamento dei servizi segreti iracheni durante il regime di Saddam Hussein, avevano adito il Tribunale federale svizzero per chiedere l'annullamento delle misure di confisca dei beni adottate nei loro confronti in esecuzione della risoluzione del Consiglio di sicurezza 1483/2003. Il Tribunale respinge la richiesta fondando la propria decisione sulla superiorità *ex art. 103* dello Statuto delle Nazioni Unite del valore giuridico della risoluzione del Consiglio di sicurezza chiamata in causa su qualsiasi altri obbligo internazionale vincolante per la Sviz-

cazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza non comporta un ruolo passivo degli Stati, i quali, al contrario devono valutare che vi siano elementi validi affinché i nominativi dei sospettati di terrorismo siano inseriti nella *black list*⁵¹.

Il ragionamento della Corte, che tende a distinguere tra azione degli Stati e azione delle Nazioni Unite, si discosta dal criterio della protezione equivalente che era stato alla base della decisione della seconda sezione della Corte⁵² che aveva ritenuto che i ricorrenti non disponessero di un sistema di tutela in ambito Nazioni Unite per agire contro gli effetti delle *smart sanctions* equivalente al sistema di controllo previsto dalla Convenzione, tale non potendo essere considerato né il *Focal Point*, né l'Ombudsperson⁵³.

zera. Sulla vicenda relativa al caso *Al-Dulimi v. A. PETERS, Targeted Sanctions after Affaire Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse: Is There a Way Out of the Catch-22 for Un Members?*, in *EJIL:Talk!*, 4 dicembre 2013, www.ejiltalk.org; M. ARCARI, *Forgetting Article 103 of the UN Charter? Some Perplexities on 'Equivalent Protection' after Al-Dulimi*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, www.qil-qdi.org; M. MARCHEGANI, *Le principe de la protection équivalente dans l'articulation des rapports entre ordre juridique des NU et CEDH après l'arrêt Al-Dulimi*, *ivi*; G. PALOMBELLA, *The Principled, and Winding, Road to Al-Dulimi. Interpreting the Interpreters*, *ivi*; L. MAGI, *Gli obblighi incompatibili derivanti dalla CEDU e dalla Carta delle Nazioni Unite, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: riflessioni critico-ricostruttive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 519 ss.; *Id.*, *Applicazione del test della protezione equivalente alle Nazioni Unite: nessun contributo dalla sentenza della Grande Camera della Corte europea nel caso Al-Dulimi*, *ivi*, 2016, p. 609 ss.

⁵¹ In questo senso v. L. MAGI, *Applicazione del test della protezione equivalente alle Nazioni Unite*, cit., p. 613, in cui si legge: "La Corte sembra voler distinguere chiaramente il ruolo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite da quello degli Stati nel garantire che, nell'applicazione delle sanzioni mirate, vengano rispettati i diritti umani. Pur essendo entrambi tenuti a non pregiudicare i diritti degli individui inseriti nelle liste, è solo agli Stati che viene riconosciuto un ruolo attivo della loro tutela; alle Nazioni Unite è riservato un ruolo diverso. Esse devono mettere in condizione gli Stati di proteggere i diritti degli individui oggetto di sanzioni. Ciò spiega perché la Corte abbia sostenuto che le risoluzioni non devono essere interpretate nel senso di precludere agli Stati la possibilità di esercitare uno scrutinio volto a verificare che l'inserimento di nominativi nelle liste, o il loro mantenimento, avvenga in modo non arbitrario". Sul caso *Al-Dulimi* si veda, inoltre, M. BUSCEMI, *La Corte di Strasburgo opta per una soluzione soffice nel coordinare gli obblighi della Convenzione con quelli derivanti dalle Nazioni Unite: alcune riflessioni a margine della sentenza Al-Dulimi*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2016, n. 3, www.osservatorioaic.it.

⁵² Sentenza del 26 novembre 2013 relativa al caso *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera*, in cui al par. 134 si legge: "Having regard to the foregoing, the Court takes the view that, for as long as there is no effective and independent judicial review, at the level of the United Nations, of the legitimacy of adding individuals and entities to the relevant lists, it is essential that such individuals and entities should be authorized to request the review by the national courts of any measure adopted pursuant to the sanctions regime. Such review was not available to the applicants. It follows that the very essence of their right of access to a court was impaired". Sul punto è stato osservato (L. MAGI, *Applicazione del test della protezione equivalente alle Nazioni Unite*, cit., p. 614) che la seconda sezione della Corte europea "attraverso l'applicazione del criterio della protezione per equivalente, non solo aveva preteso che la Svizzera sopperisse alla carenza di tutela nel sistema onusiano *fin tanto che non ne fosse realizzata la riforma*, ma ne aveva anche sollecitato la realizzazione. In tal modo era stata riconosciuta l'importanza del ruolo delle Nazioni Unite al fine di garantire il rispetto dei diritti processuali degli individui oggetto di sanzioni mirate, e dunque si era cercato, con i mezzi dei quali si disponeva, di mandare un messaggio chiaro all'Organizzazione universale per promuovere una tale riforma, pur non trattandosi del soggetto nei confronti del quale la Corte è competente ad esercitare la giurisdizione. Al contrario, la scelta della Grande Camera di non esercitare nei confronti dell'ONU alcun tipo di pressione a favore della riforma di un sistema sanzionatorio, che pure viene criticato per carenza di garanzie processuali, può ragionevolmente essere letta come indicativa della volontà della Corte di distinguere, sotto il profilo della tutela dei diritti processuali, fra azione degli Stati e quella dell'ONU".

⁵³ V. paragrafi 118-121.

A questo proposito, particolarmente significativo è il criterio che già la Corte aveva indicato nel caso *Al Jedda*⁵⁴ della presunzione di interpretazione conforme, in base al quale si dovrebbe escludere (a meno che non vi sia una espressa indicazione contraria) che le risoluzioni del Consiglio di sicurezza contengano disposizioni volte a obbligare gli Stati ad agire in violazione dei diritti umani.

E ciò in considerazione del fatto che la promozione e il rispetto di tali diritti facendo parte dei fini dell'ONU (come risulta dall'art. 1, par. 3, dello Statuto), costituisce un vincolo all'azione del Consiglio di sicurezza ai sensi dell'art. 24, par. 2, dello stesso Statuto secondo il quale l'organo deve agire "in conformità alle finalità ed ai principi delle Nazioni Unite". Pertanto, la Corte ritiene che "in interpreting its resolutions, there must be a presumption that the Security Council does not intend to impose any obligation on member States to breach fundamental principles of human rights. In the event of any ambiguity in the terms of a United Nations Security Council resolution, the Court must therefore choose the interpretation which is most in harmony with the requirements of the Convention and which avoids any conflict of obligations. In the light of the United Nations' important role in promoting and encouraging respect for human rights, it is to be expected that clear and explicit language would be used were the Security Council to intend States to take particular measures which would conflict with their obligations under international human rights law"⁵⁵.

6. Il citato passo della sentenza *Al Jedda* dimostra come all'evoluzione giurisprudenziale operata nel caso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (che pure ha il limite di riferirsi ad un ambito regionale ben definito e ad uno strumento specifico di tutela dei diritti umani) va ascritto il merito di avere fissato l'attenzione su un punto fondamentale della questione: il Consiglio di sicurezza, anche quando agisce per assicurare il valore più importante per la comunità internazionale, vale a dire la pace, deve farlo nel rispetto dei principi e delle finalità delle Nazioni Unite, quali risultano dalla Carta di San Francisco.

⁵⁴ Sentenza del 7 luglio 2011, caso *Al Jedda c. Regno Unito*. I fatti all'origine della causa riguardavano le vicende subite dal ricorrente, avente sia la cittadinanza irachena che quella inglese, che, in quanto sospettato di essere affiliato ad organizzazioni terroristiche era stato per più di tre anni detenuto nella prigione di Bassora, che si trovava sotto il controllo delle forze inglesi nell'ambito dell'operazione autorizzata dal Consiglio di sicurezza con la risoluzione n. 1511. Il ricorrente si rivolge ai giudici di Strasburgo lamentando di aver subito la violazione dell'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sul caso in oggetto si veda M. ARCARI, *Autorizzazioni del Consiglio di sicurezza, tutela dei diritti dell'uomo e occupazione militare in Iraq: il caso Al-Jedda di fronte ai giudici britannici*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 1083 ss.; R. SAPIENZA, *Occupazione britannica dell'Irak e tutela dei diritti dell'uomo: il caso Al Jedda dinanzi alla Camera dei Lords*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 402 ss.; M.I. PAPA, *Le autorizzazioni del Consiglio di sicurezza davanti alla Corte europea dei diritti umani: dalla decisione sui casi Behrami e Saramati alla sentenza Al-Jedda*, *ivi*, 2012, p. 229 ss.

⁵⁵ Par. 102. Sulla base di tale ragionamento la Corte così decide: "In conclusion, therefore, the Court considers that United Nations Security Council Resolution 1546, in paragraph 10, authorized the United Kingdom to take measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq. However, neither Resolution 1546 nor any other United Nations Security Council resolution explicitly or implicitly required the United Kingdom to place an individual whom its authorities considered to constitute a risk to the security of Iraq in indefinite detention without charge. In these circumstances, in the absence of a binding obligation to use internment, there was no conflict between the United Kingdom's obligations under the Charter of the United Nations and its obligations under Article 5 § 1 of the Convention" (par. 109).

Il rispetto dei diritti umani, rientrando tra i fini dell'organizzazione, costituisce, dunque, un innegabile vincolo all'azione del Consiglio di sicurezza, come dimostra, del resto, la circostanza che le risoluzioni a carattere individuale con le quali vengono disposte le *smart* o *targeted sanctions* contengono il riferimento alla tutela dei diritti umani. Per altro, anche l'obbligo che incombe agli Stati, in virtù dell'art. 25 della Carta, di dare esecuzione alle decisioni del Consiglio di sicurezza "in conformità alle disposizioni del presente Statuto" sembra voler indicare una sorta di "controllo" a livello interno dell'azione dell'organo consiliare, dal momento che gli ordinamenti nazionali sono tenuti ad eseguire le decisioni consiliari nel pieno rispetto delle norme statutarie. Del resto, sarebbe alquanto strano che l'obbligo che incombe agli Stati di rispettare i diritti umani venisse meno di fronte alla necessità di dare esecuzione a decisioni del Consiglio di sicurezza. Non solo una simile deroga, non essendo espressamente prevista nella Carta, non può considerarsi ammissibile, ma qualunque interpretazione in tale direzione sarebbe manifestamente contraria allo spirito che ha animato i lavori della Conferenza di San Francisco e sarebbe in netto contrasto con l'intera attività dell'organizzazione in materia di promozione e salvaguardia dei diritti fondamentali⁵⁶. Ne deriva che, laddove il fine della sicurezza internazionale necessiti di essere protetto dalla minaccia terroristica, le misure da adottare per colpire i soggetti a vario titolo coinvolti in attività terroristiche devono essere il risultato del giusto bilanciamento tra due dei fini ugualmente importanti per l'organizzazione, rappresentati dal rispetto dei diritti umani e dal mantenimento della pace.

Da segnalare, inoltre, la condivisibile posizione del Gruppo di studio creato dalla Commissione di diritto internazionale con lo scopo di analizzare il tema della frammentazione del diritto internazionale che bene pone in evidenza come l'osservanza dell'art. 103 della Carta non sia senza limiti. Nel documento elaborato dal Gruppo di studio, infatti, dopo avere ribadito che la supremazia degli obblighi derivanti dallo Statuto delle Nazioni Unite si è consolidata nella prassi, si specifica che tale supremazia non copre anche i c.d. atti *ultra vires* del Consiglio di sicurezza, che, come tali, non possono far nascere alcun obbligo a carico degli Stati membri⁵⁷.

⁵⁶ In generale, sul tema dell'obbligatorietà del rispetto dei diritti umani nell'azione del Consiglio di sicurezza si veda U. VILLANI, *L'attuazione da parte dell'Unione europea delle decisioni del Consiglio di sicurezza*, cit., pp. 180-181, in cui si legge: "Occorre sottolineare (...) che il Consiglio di sicurezza non è *legibus solutus*, ma è sottoposto al rispetto della Carta dell'ONU, come risulta dall'art. 24, secondo il quale esso, nell'adempimento dei suoi compiti, agisce in conformità dei fini e dei principi delle Nazioni Unite, e dall'art. 25, che pone agli Stati membri l'obbligo di eseguire le decisioni del Consiglio di sicurezza 'in conformità alle disposizioni del presente Statuto'. Risoluzioni del Consiglio di sicurezza contrarie ai fini o ai principi delle Nazioni Unite o difformi dalla Carta, appaiono, pertanto, illegittime e prive di efficacia".

⁵⁷ *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682, in cui al par. 331 si legge: "Article 103 does not say that the Charter prevails but refers to obligations under the Charter. Apart from the rights and obligations in the Charter itself, this also covers duties based on binding decisions by United Nations bodies. The most important case is that of Article 25 that obliges Member States to accept and carry out resolutions of the Security Council that have been adopted under Chapter VII of the Charter. Even if the primacy of Security Council decisions under Article 103 is not expressly spelled out in the Charter, it has been widely accepted in practice as well as in doctrine. The question has sometimes been raised whether also Council resolutions adopted *ultra vires* prevail by virtue of Article 103. Since obligations for Member States of the United Nations can only derive out of such resolutions that are taken within the limits of its powers, decisions *ultra vires* do not give rise to any obligations to begin with. Hence no conflict exists. The issue is similar with regard to non-binding resolutions adopted by United Nations organs, including the Security Council. These are not covered by Article 103".

Non vi è dubbio che le risoluzioni contenenti le *smart/targeted sanctions* nella misura in cui contemplino disposizioni in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali siano da ritenersi atti *ultra vires*, mentre più controversa appare la questione quando il suddetto contrasto sia originato non da disposizioni delle risoluzioni, ma dagli effetti della loro applicazione. A tale proposito un ruolo decisivo è svolto dagli ordinamenti nazionali.

Non è superfluo ricordare che la stessa Assemblea generale ha dedicato alcune risoluzioni al tema della “Protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella lotta al terrorismo”, sottolineando che gli Stati devono garantire che qualsiasi provvedimento adottato per combattere il terrorismo sia conforme agli obblighi previsti dal diritto internazionale, in particolare il diritto internazionale dei diritti umani, la protezione internazionale dei rifugiati ed il diritto internazionale umanitario.

Sono gli Stati, che, nel dare esecuzione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza devono adottare misure che non mettano a repentaglio il godimento dei diritti fondamentali. E, qualora ciò si dovesse verificare, saranno tali misure a dover essere sottoposte a giudizio.

In tale ottica un ruolo fondamentale può essere svolto dalle corti interne e soprattutto dalle corti costituzionali, proprio in considerazione del fatto che sono le stesse risoluzioni del Consiglio di sicurezza a sottolineare la necessità che gli Stati rispettino i diritti umani⁵⁸.

Laddove non si dovesse realizzare una compiuta tutela di tali diritti l'intervento delle corti sovranazionali assume una rilevanza estremamente importante, come dimostra la citata giurisprudenza europea, che, nel fissare alcuni principi fondamentali in materia ha certamente contribuito a sanare quel *vulnus* di cui si diceva sopra, frutto di un sistema di sicurezza collettiva che inevitabilmente risente della prova dei tempi.

⁵⁸ In proposito v. P. DE SENA, *Comunità internazionale e individui nella prassi del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite in tema di lotta al terrorismo*, 2006, www.innovazioneidiritto.unina.it, in cui si legge “un ruolo fondamentale, per ripristinare un equilibrio ragionevole fra i vari valori in gioco, è destinato ad essere svolto dal ricorso ai principi costituzionali delle ‘comunità statali’, ad opera delle corti interne, eventualmente chiamate a pronunciarsi in argomento. Si può anzi osservare che l’esigenza di un equo bilanciamento fra sicurezza collettiva e diritti umani (...) non manca di emergere nelle stesse risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, nelle quali la necessità di rispettare i diritti umani e il diritto umanitario è costantemente indicata agli Stati destinatari. (...) sembra allora che l’eventuale ricorso delle corti interne a valori costituzionali riguardanti diritti fondamentali, o anche a norme convenzionali in argomento, non solo sia ricollegabile ad una prassi invalsa e ben nota – quanto meno per ciò che concerne i valori costituzionali –, ma tenda altresì a giustificarsi, anche dal punto di vista del sistema delle Nazioni Unite, consentendo dunque di escludere l’illiceità internazionale di un’eventuale disapplicazione delle risoluzioni in questione, dal punto di vista del suddetto sistema”. Sul punto v. anche E. CANNIZZARO, *A Machiavellian Moment?*, cit., p. 218, in cui, dopo avere affermato che “(...) domestic courts, in particular those of countries endowed with strong substantive and procedural systems of protection of human rights, should not exercise their ‘passive virtues’ in regard to SC resolutions; rather, they should actively promote the emergence of an international substantive and procedural corpus of human rights apt to constitute an ‘internal’ limit to the SC’s action”, si evidenzia il rischio derivante dall’attività dei giudici interni come segue: “The existence of a multifarious jurisprudence of domestic courts exerting pressures on the SC undoubtedly could have the unpleasant effect of creating an ongoing process of negotiation on the respect of the Resolutions of this organ and could jeopardize the need for a uniform application by the Member States, which is an essential requisite of their effectiveness. This consideration, however, should be taken as a further proof of the need to complete as-yet unfinished constitutional design of the Charter and to endow this system with organs and procedures capable of guaranteeing the protection of human rights to an internationally acceptable standard” (p. 221).

Se ciò permette di leggere in chiave diversa la questione del delicato e controverso rapporto tra azioni del Consiglio di sicurezza nel campo del mantenimento della pace e rispetto dei diritti umani, non risolve il problema delle possibili derive compiute proprio dagli Stati in nome della lotta al terrorismo, derive che proprio in un momento come quello attuale possono essere alimentate dai sovranismi e nazionalismi di varia matrice oggi dilaganti.

Ed allora non possiamo che ritenere attuale (e allo stesso tempo fare nostro) l'auspicio del Prof. Villani allorché, sul finire degli anni '80, invocava "un recupero di tensione ideale da parte sia degli Stati che degli organi delle Nazioni Unite"⁵⁹, in considerazione del fatto che "[i]l vero problema non sarebbe di modificare la Carta, ma di darvi puntuale e sistematica applicazione, anzitutto mediante un rigoroso rispetto delle sue disposizioni da parte degli Stati"⁶⁰.

Proprio della puntuale applicazione della Carta di San Francisco oggi più che mai il mondo intero ha fortemente bisogno.

Abstract

The Contribution of European Jurisprudence to Overcoming UN Crisis and Its Consequences on the Protection of Human Rights

Human rights have always had a great importance in UN activity, as is stated in the Charter, and as it results by the Universal Declaration of Human Rights and by the adoption of numerous Conventions. Yet, the fight against terrorism has showed the possibility that the Security Council action in the field of maintenance of peace could generate some violations of fundamental rights. The *black lists* procedure implies that individuals suspected of terrorism are affected by sanctions, such as travel ban or freezing of funds, that are a menace for human rights. In this context the research of a fair balance between maintenance of peace and protection of human rights sometimes is impossible and/or difficult to reach. For this reason, the contribution of European jurisprudence (that of the EU Court of Justice and of the European Court of Human Rights) to the question appears very interesting.

⁵⁹ Così U. VILLANI, *La crisi delle Nazioni Unite*, cit., p. 35.

⁶⁰ *Ivi*, p. 25.

Flavia Rolando*

Verso la codificazione del procedimento amministrativo dell'Unione europea? Il problema dell'identificazione di una corretta base giuridica

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Stato dell'arte: il quadro normativo in materia di diritto amministrativo europeo e l'esigenza di una codificazione. – 3. Il quadro normativo a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona. – 4. L'idoneità dell'art. 298 TFUE a costituire una base giuridica per un codice amministrativo europeo. – 5. *Segue*: il possibile contenuto di una disciplina unitaria del procedimento. – 6. L'opportunità di introdurre un codice del procedimento amministrativo e la risoluzione del PE per un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente. – 7. *Segue*: il contenuto del testo allegato alla risoluzione del PE e la risposta della Commissione europea. – 8. Conclusioni.

1. L'opportunità di procedere ad una codificazione del diritto amministrativo europeo è un tema che da tempo impegna sia il dibattito scientifico sia l'attività delle istituzioni dell'Unione.

Le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona hanno in parte rinnovato i termini della questione, soprattutto a seguito dell'attribuzione di valore vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e quindi all'art. 41 che codifica il diritto ad una buona amministrazione, e dell'introduzione dell'art. 298 TFUE, secondo il quale il Parlamento europeo e il Consiglio possono adottare dei regolamenti per un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente.

Il presente lavoro mira ad approfondire il quadro normativo del diritto amministrativo europeo (par. 2) e le innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona (par. 3) al fine di valutare, in primo luogo, se l'art. 298 TFUE costituisca una idonea base giuridica per l'introduzione di un codice del procedimento amministrativo europeo (par. 4); in secondo luogo, per definire quale potrebbe essere l'oggetto di questo eventuale intervento di codificazione (par. 5). Infine, verrà analizzata la risoluzione del Parlamento europeo, con allegata una bozza di proposta di regolamento in materia, e la risposta della Commissione europea (paragrafi 6 e 7).

2. Il diritto amministrativo europeo è costituito da un quadro normativo eterogeneo, composto da fonti di carattere primario, inclusi i principi generali rilevati dalla

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli "Federico II".

Corte di giustizia, da atti di diritto derivato e da atti non vincolanti come i codici di buona condotta emanati da istituzioni, organi ed organismi e le raccomandazioni del Mediatore europeo¹.

Tra le disposizioni del TFUE che contemplano diritti sostanziali connessi al procedimento amministrativo o legislativo può essere annoverato l'art. 296, secondo cui gli atti giuridici devono essere motivati e devono contenere un riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai Trattati², nonché l'art. 15 che introduce il principio di trasparenza ed il diritto di accesso agli atti.

Il contributo della Corte di giustizia alla definizione dei principi relativi al diritto amministrativo europeo deriva dal compito di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati, che le è attribuito dall'art. 19 TUE. Ciò avviene, in particolare, attraverso l'azione di annullamento ed il rinvio pregiudiziale di validità, che costituiscono gli strumenti attraverso i quali il giudice dell'Unione esercita un controllo sulla legalità degli atti dell'Unione³. Si tratta di un esame *ex post* che ha consentito alla Corte di giustizia di rilevare e sviluppare il contenuto dei principi rilevanti in materia, apportando così un fondamentale contributo allo sviluppo del diritto amministrativo europeo.

Numerosi atti di diritto derivato, poi, disciplinano gli aspetti amministrativi ed i diritti procedurali connessi alle svariate materie nelle quali l'Unione europea possiede una competenza in virtù dei Trattati. In alcuni casi, tali atti definiscono interamente un particolare settore, con norme sia sostanziali che procedurali (c.d.

¹ Il Mediatore europeo, come si approfondirà meglio nei successivi paragrafi, ha dato un contributo fondamentale allo sviluppo del diritto amministrativo europeo ed all'introduzione di un *corpus* di norme che definisce chiaramente i diritti delle parti nell'ambito dei procedimenti amministrativi gestiti dalle istituzioni europee. Come sottolineato da una parte della dottrina, il Mediatore ha una funzione *reattiva*, dal momento che si occupa delle denunce di malamministrazione, e *proattiva*, potendo avviare delle inchieste di propria iniziativa: v. P. CRAIG, *EU Administrative Law – The Acquis*, Brussels, 2010, reperibile *online*, p. 18. Tra una copiosa letteratura sulla figura del Mediatore europeo si vedano R. ADAM, *Mediatore europeo e difensore civico nazionale*, in *La Comunità Internazionale*, 1994, p. 42 ss.; M.P. CHITI, *Il mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 303 ss.; L. RAIMONDI, *Mediatore europeo e mezzi di ricorso giurisdizionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 547 ss.; A. PETERS, *The European Ombudsman and the European Constitution*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 697 ss.; R. BOUSTA, *Contribution à une définition de l'ombudsman*, in *Revue française d'administration publique*, 2007, p. 387 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Mediatore europeo*, in M.P. CHITI, C. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, II ed., p. 1349 ss.; A.M. ROMITO, *Il Mediatore europeo nel Trattato di Lisbona*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 61 ss.; N. DIAMANTUROS, *The European Ombudsman and Good Administration post-Lisbon*, in D. ASHIAGBOR, N. COUNTOURIS, I. LIANOS (eds.), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, 2012, p. 210 ss.

² La Corte di giustizia nella sentenza del 26 giugno 1986, causa 203/85, *Nicolet Instrument c. Hauptzollamt Frankfurt*, punto 10, ha chiarito il contenuto di tale diritto stabilendo che la motivazione deve indicare "in modo chiaro ed inequivocabile l'iter logico seguito dall'autorità comunitaria che ha adottato l'atto, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato ai fini della difesa dei loro diritti, e alla Corte di esercitare il suo controllo", nonché gli accertamenti di fatto e le valutazioni giuridiche su cui le decisioni poggiano, in particolare nel caso in cui la decisione incida sulla sfera giuridica del destinatario.

³ Ci si riferisce alle azioni disciplinate dagli articoli 263 e 267 TFUE, rispettivamente il ricorso per annullamento ed il rinvio pregiudiziale di validità, nonché all'eccezione di invalidità prevista dall'art. 277 TFUE.

“discipline settoriali”), in altri, invece, essi introducono norme a carattere trasversale (c.d. “discipline generali”)⁴.

Rappresentano degli esempi di discipline settoriali le disposizioni in tema di diritto bancario⁵, i regolamenti 1/2003 sull'applicazione delle regole di concorrenza⁶, 139/2004 sulle concentrazioni⁷ e 2015/1589 sul controllo degli aiuti di Stato⁸. Tra gli esempi di discipline generali, invece, si può fare riferimento al regolamento sull'accesso ai documenti di alcune istituzioni europee⁹, al regolamento sulla protezione dei dati personali¹⁰ o allo statuto delle agenzie esecutive¹¹.

È importante sottolineare che ognuno di questi atti introduce un differente grado di definizione della materia: alcuni concernono solo l'attività delle istituzioni dell'Unione (c.d. amministrazione diretta) mentre altri comprendono norme applicabili anche alle autorità nazionali (c.d. amministrazione indiretta). Nel primo caso, con essi vengono disciplinati solo i procedimenti dinanzi alle istituzioni europee. Nel secondo, invece, anche quelli che si svolgono dinanzi alle autorità nazionali che agiscono per l'applicazione del diritto dell'Unione europea. Ne deriva che i diversi atti introducono, per ogni materia, differenti formulazioni dei diritti dei soggetti che si relazionano con istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea o con le amministrazioni nazionali che applicano il diritto dell'Unione europea¹².

⁴ Tali atti sono anche definiti di codificazione generale, seppur parziale, dato che disciplinano trasversalmente un particolare diritto. Tale distinzione è stata proposta da O. MIR-PUIGPELAT, *Arguments in Favour of a General Codification of the Procedure Applicable to EU Administration*, Brussels, 2015, reperibile *online*, p. 10.

⁵ Si veda la direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, nonché il regolamento (UE) 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi ed il regolamento (UE) 468/2014 della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate (regolamento quadro sull'MVU).

⁶ Regolamento del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato.

⁷ Regolamento del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (c.d. regolamento comunitario sulle concentrazioni).

⁸ Regolamento del Consiglio del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Per altri esempi di atti di diritto derivato che contengono discipline settoriali si veda O. MIR-PUIGPELAT, *op. cit.*, p. 10.

Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'art. 108 TFUE.

⁹ Regolamento (CE) 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

¹⁰ Regolamento (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, e che abroga il regolamento (CE) 45/2001 e la decisione 1247/2002/CE; e regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

¹¹ Regolamento (CE) 58/2003 del Consiglio, del 19 dicembre 2002, che definisce lo statuto delle agenzie esecutive incaricate dello svolgimento di alcuni compiti relativi alla gestione dei programmi comunitari. Per altri esempi di atti di diritto derivato si veda O. MIR-PUIGPELAT, *op. cit.*, p. 11.

¹² In senso critico si veda la valutazione del valore aggiunto europeo del Parlamento europeo, *Diritto dell'Unione europea in materia di procedimenti amministrativi*, PE 494.457, reperibile *online*, dove si sotto-

Come si vedrà meglio più avanti, considerando questo contesto normativo, l'adozione di un *corpus* normativo unico potrebbe contribuire alla definizione dei diritti e doveri dei soggetti coinvolti e, nel contempo, ad una semplificazione e migliore comprensione del diritto sovranazionale. D'altro canto, i principi non codificati sono caratterizzati da una maggiore duttilità e capacità di adattamento ai molteplici possibili casi¹³; la codificazione, in questo senso, rischierebbe di cristallizzare l'applicazione dei principi in materia.

Per definire al meglio l'utilità ed i limiti di un eventuale codice amministrativo europeo è opportuno soffermarsi dapprima sulle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona.

3. Merita uno specifico approfondimento l'evoluzione del quadro normativo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sia per l'attribuzione di valore vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sia per le disposizioni sul diritto amministrativo europeo in esso contenute.

L'art. 41 della Carta, in particolare, ha codificato il “Diritto ad una buona amministrazione”¹⁴ ed ha elevato così il principio generale, già riconosciuto dalla Corte di giustizia¹⁵, al rango di diritto fondamentale¹⁶. È importante sottolineare che,

linea che, “[a]llo stato attuale, la codificazione più precisa ed esaustiva è riscontrabile nei documenti interni delle istituzioni, in particolare nei regolamenti interni, e nei documenti che costituiscono strumenti giuridici non vincolanti, quali i codici di condotta. Questi, tuttavia, non possono salvaguardare adeguatamente i diritti dei cittadini. Solo le norme cogenti hanno la capacità di sancire diritti opponibili per i cittadini, ossia diritti che possono costituire la base di una rivendicazione e che, in caso di dimostrata inosservanza delle norme, possono dare origine a sanzioni” (p. 18). Per la dottrina in argomento si veda C. HARLOW, *Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot*, EUI Jean Monnet Chair Papers 27, 1995, reperibile *online*, pubblicato anche in *European Law Journal*, 1996, n. 2, p. 3 ss.; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006; J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dirs.), *Droit Administratif Européen*, Bruxelles, 2007; M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *op. cit.*; E. NIETO-GARRIDO, I.M. DELGADO, *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Oxford, 2007; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, IV ed.; G. DELLA CANANEA, M. CONTICELLI (a cura di), *I procedimenti amministrativi di adjudication dell'Unione europea: principi generali e discipline settoriali*, Torino, 2017.

¹³ Così J. SCHWARZE, *Droit Administratif Européen*, Bruxelles, 2009, II ed., p. I-6.

¹⁴ Il primo paragrafo dell'art. 41 della Carta stabilisce che “[o]gni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione”. Nel secondo paragrafo sono invece elencate, a titolo non esaustivo, alcune declinazioni del diritto ad una buona amministrazione: il diritto ad essere ascoltati prima che sia adottato un provvedimento pregiudizievole, il diritto di accesso al proprio fascicolo e l'obbligo di motivazione. Anche in tal caso la disposizione enuncia dei principi e dei diritti già espressi dalla Corte di giustizia, che nella propria giurisprudenza ne ha definito il contenuto. Infine, nel terzo e quarto paragrafo, l'art. 41 della Carta riafferma rispettivamente il diritto al risarcimento dei danni cagionati da istituzioni e agenti dell'Unione e il diritto a rivolgersi alle istituzioni in una delle lingue dell'Unione.

¹⁵ K. LENAERTS, *In the Union We Trust: Trust-enhancing Principles of Community Law*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 317 ss., spec. p. 336. Da ultimo nella sentenza dell'8 maggio 2014, causa C-604/12, *N.*, la Corte di giustizia ha ribadito che, “[p]er quanto riguarda il diritto a una buona amministrazione, sancito all'articolo 41 della Carta, si deve ricordare che esso riflette un principio generale di diritto dell'Unione” (punto 49). Già nella sentenza del 31 marzo 1992, causa C-255/90, *Burbon*, la Corte aveva fatto riferimento al principio di sana amministrazione. Per una ricognizione della giurisprudenza si veda anche D.-U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 819 nonché J. SCHWARZE, *European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon: Introductory Remarks*, 2011, reperibile *online*, p. 15, ed il commento di P. PIVA all'art. 41 in R. MASTROIANNI *et al.* (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 753 ss.

¹⁶ Così P. PIRODDI, *Art. 41*, in F. POCAR, BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., p. 1757.

secondo l'articolo in esame, il diritto ad una buona amministrazione trova applicazione rispetto all'attività delle sole istituzioni, organi e organismi dell'Unione, e dunque non anche delle articolazioni degli Stati membri che attuano il diritto dell'Unione europea. In proposito, la Corte di giustizia ha statuito, in un primo momento, che tale articolo "riflette un principio generale di diritto dell'Unione" e pertanto deve essere rispettato anche nell'ipotesi di applicazione del diritto dell'Unione da parte delle autorità nazionali degli Stati membri¹⁷. Tuttavia, in alcune pronunce più recenti i giudici di Lussemburgo hanno precisato che dal tenore letterale dell'art. 41 della Carta emerge chiaramente che questo si rivolge alle sole istituzioni, organi ed organismi dell'Unione¹⁸.

Considerando che la Carta *riafferma* i principi generali del diritto già elaborati dalla Corte di giustizia, il primo paragrafo dell'art. 41 non dovrebbe essere interpretato nel senso di limitare l'ambito di applicazione del principio di buona amministrazione alle sole ipotesi di amministrazione diretta. Dovrebbe prevalere una interpretazione conforme alla giurisprudenza dalla quale la redazione dell'articolo deriva, secondo la quale non sussiste una distinzione tra amministrazione comunitaria diretta e amministrazione indiretta o mista¹⁹.

Il diritto ad una buona amministrazione ed il diritto di accesso ai documenti sono stati disciplinati anche nei Trattati istitutivi, a seguito delle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona. Infatti, tra le disposizioni di applicazione generale collocate nel titolo II del TFUE, il novellato art. 15 riprende il contenuto dell'art. 255 TCE²⁰ e lo amplia garantendo il diritto di partecipazione e di accesso ai documenti nei confronti di tutte le istituzioni, organi ed organismi dell'Unione europea²¹. Il primo

¹⁷ Così il punto 49 s. della sentenza *N*.

¹⁸ Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2014, causa C-166/13, *Mukarubega*, punto 44. Il differente orientamento interpretativo è stato delineato nelle conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet del 16 settembre 2015, causa C-419/14, *WebMindLicenses*.

¹⁹ Sul punto ci si permette di rinviare alla nostra analisi sul diritto ad una buona amministrazione svolta in *Gli effetti del Trattato di Lisbona sull'attività amministrativa dell'Unione e degli Stati membri*, in R. MASTROIANNI, F. ROLANDO (a cura di), *La codificazione dei procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, Napoli, 2017, p. 75 ss., spec. p. 83 ss. Si veda anche il commento di F. DI MAJO, A. RIZZO alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 2612 e di D.-U. GALETTA, *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 133 ss., spec. p. 136 s. L'A. precisa che l'interpretazione restrittiva sarebbe anche contraria al principio di eguaglianza, dato che si creerebbe una disparità di trattamento fra i destinatari di misure di attuazione del diritto dell'Unione europea a seconda che le misure siano adottate da organi dell'Unione europea o da organi nazionali che agiscono come amministrazione indiretta o mista (p. 138). La Corte di giustizia si è espressa nel senso dell'applicazione del principio di buona amministrazione anche alle amministrazioni nazionali nell'applicazione del diritto dell'Unione europea nella sentenza del 22 novembre 2012, causa C-277/11, *M.*, punto 81. In senso contrario si veda S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Attività amministrativa e principi dell'ordinamento comunitario*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 3, e soprattutto O. MIR-PUIGPELAT, *op. cit.*, p. 8, nonché la giurisprudenza e la dottrina ivi citata, alla nota 21.

²⁰ L'art. 255 TCE garantiva il diritto a qualsiasi cittadino dell'Unione ed a qualsiasi persona fisica o giuridica che risiedesse o che avesse la sede sociale in uno Stato membro di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, secondo i principi e le condizioni da definire a norma dei successivi paragrafi 2 e 3.

²¹ L'art. 15 TFUE rinvia a regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio per la disciplina particolare che ne definisca i principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati. Giova precisare che il diritto di accesso ai documenti è in parte disciplinato dal regolamento (CE) 1367/2006

paragrafo dell'art. 15 TFUE oggi esplicita l'importanza della partecipazione della società civile all'attività delle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione, introducendo l'obbligo di operare *nel modo più trasparente possibile* al fine di promuovere *il buon governo*. Inoltre, il secondo paragrafo stabilisce che le sedute del Parlamento europeo e le deliberazioni del Consiglio relative ad atti legislativi debbano essere pubbliche, garantendo in tal modo l'effettiva realizzazione del principio di trasparenza nell'operato delle istituzioni.

Il principio del *buon governo* enunciato dall'art. 15 TFUE è poi completato, per quanto concerne l'attività dell'Unione europea, dall'art. 298 TFUE. Questa disposizione, introdotta con il Trattato di Lisbona, nel primo paragrafo definisce i principi che devono indirizzare le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione nello svolgimento dei propri compiti: essi devono infatti operare basandosi su "un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente". Inoltre, novità rilevante ai fini della nostra indagine, l'art. 298 TFUE introduce una competenza legislativa dell'Unione: il secondo paragrafo del medesimo articolo stabilisce che "il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, fissano disposizioni a tal fine, nel rispetto dello statuto e del regime adottati sulla base dell'articolo 336". È così prevista una base giuridica *ad hoc*, che esclude la necessità di ricorrere alla clausola di flessibilità²² per adottare un atto vincolante che miri a disciplinare la materia.

Rinviano al successivo paragrafo per una più compiuta analisi della possibilità di utilizzare l'art. 298 TFUE per procedere all'adozione di un codice amministrativo europeo, si vuole qui sottolineare l'importanza dei principi espressi nel primo paragrafo di tale articolo, considerando che la base giuridica è stata introdotta proprio per consentire la loro piena realizzazione.

Innanzitutto, l'art. 298 TFUE si riferisce ad una amministrazione *aperta*: ne deriva che istituzioni, organi e organismi dell'Unione dovrebbero adoperarsi attivamente per spiegare, con un linguaggio accessibile e comprensibile al grande pubblico, le azioni intraprese dall'Unione europea²³. Il concetto di apertura appare, così,

del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale. Attraverso tale regolamento l'Unione europea si è conformata all'obbligo di garantire il diritto di accesso ai documenti in materia ambientale, così come stabilito nella Convenzione di Aarhus, stabilendo una forma di tutela in tale ambito anche più ampia rispetto a quanto previsto nella Convenzione. Sul punto si permetta di rinviare a F. ROLANDO, *La tutela del diritto di accesso alla giustizia in materia ambientale nell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, II, Napoli, 2014, p. 1219. Si veda in proposito anche il commento all'art. 42 di S. NINATTI in R. MASTROIANNI *et al.* (a cura di), *op. cit.*, p. 783.

²² L'art. 352 TFUE stabilisce che il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, possa adottare disposizioni in base alla cosiddetta clausola di flessibilità "[s]e un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine". L'art. 298 TFUE ha introdotto una base normativa per l'adozione di atti giuridici vincolanti in materia di diritto amministrativo europeo; ne deriva che un potere di azione è stato previsto a tal fine e, di conseguenza, non sussistono le condizioni per ricorrere all'art. 352 TFUE. Peraltro, gli obiettivi previsti dai Trattati in tale materia sono definiti negli articoli 15 TFUE ed 11 TUE, che hanno comunque una portata più limitata rispetto all'art. 298 TFUE dal momento che si riferiscono principalmente al solo principio di trasparenza e di partecipazione.

²³ Così la Commissione aveva definito il concetto di apertura già nella comunicazione del 25 luglio 2001, *Governance europea – Un Libro bianco*, COM(2001)428 def., p. 10. Definendo i principi della

intrinsecamente connesso a quello di trasparenza, cui è dedicato l'art. 15 TFUE. Per essere *efficace*, poi, l'operare delle istituzioni dovrebbe rispondere in maniera tempestiva alle esigenze politiche, giungendo ai risultati attesi in base ad obiettivi chiari ed attraverso decisioni che siano adottate al livello più opportuno e che rispettino il principio di proporzionalità²⁴. Infine, un'amministrazione *indipendente* non è condizionata da ingerenze estranee rispetto al perseguimento dei propri obiettivi; tale nozione appare più ampia rispetto a quella di imparzialità, richiamata dall'art. 41 della Carta²⁵.

Oltre ai principi che regolano l'operare di istituzioni, organi e organismi dell'Unione espressi nell'art. 298 TFUE, appare opportuno approfondire le disposizioni introdotte dal Trattato di Lisbona che disciplinano la cooperazione amministrativa, espressamente menzionata alla lett. g) dell'art. 6 quale materia nella quale l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri.

L'art. 197 TFUE definisce più compiutamente il ruolo della cooperazione amministrativa e la competenza rimessa in materia all'Unione²⁶. Come auspicato anche nei lavori preparatori del Trattato di Lisbona, il primo paragrafo dell'art. 197 TFUE afferma che l'efficienza dell'attuazione nazionale della normativa dell'Unione è essenziale per il buon funzionamento dell'Unione ed è considerata una questione di interesse comune²⁷. A tal riguardo, dà rilievo al fatto che l'esecuzione della normativa dell'Unione spetta agli Stati membri e che questi hanno il dovere di garantire un adempimento efficiente e giuridicamente corretto²⁸.

Il secondo paragrafo dell'articolo in esame prevede la possibilità per l'Unione di contribuire alla realizzazione di tale obiettivo, ad esempio assistendo gli Stati membri e facilitando lo scambio delle informazioni riguardanti l'attuazione della normativa dell'UE e delle persone che se ne occupano, nonché promuovendo programmi comuni di formazione e sviluppo. A tal fine è prevista la possibilità di adottare dei regolamenti, con la precisazione che è esclusa la possibilità di adottare atti di armonizzazione e che nessuno Stato membro è tenuto ad avvalersi di tale sostegno. L'art. 197 TFUE mira, dunque, a consentire la predisposizione di strumenti pratici e modelli cui gli Stati aderiscono su base volontaria²⁹. In questo senso, il secondo paragrafo disciplina solo un particolare aspetto: il *miglioramento della capacità amministrativa di attuare il diritto dell'Unione*.

buona *governance*, la Commissione ha affermato che “[c]inque principi sono alla base della buona governance e dei cambiamenti proposti nel presente Libro bianco: apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza. Ciascuno di essi è essenziale al fine d’instaurare una governance più democratica”.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Sul rapporto tra art. 41 della Carta e l'art. 298 TFUE si veda anche il commento di L. RAIMONDI, *Articolo 298 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 2320 ss.

²⁶ In proposito si vedano i commenti di R. BARATTA, *Articolo 6 TFUE e Articolo 197 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, rispettivamente p. 394 e p. 1680 ss.

²⁷ Secondo alcuni il primo paragrafo dell'art. 197 TFUE ha un alto valore simbolico ma non crea alcun obbligo per gli Stati, come sarebbe esplicitamente affermato nel par. 3: v. J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, cit., p. 12

²⁸ Si veda la relazione finale del Presidente del gruppo V “Competenze complementari” ai Membri della Convenzione, CONV 375/11/02 REV 1, WG V 14, p. 18.

²⁹ A tal fine, a titolo esemplificativo, l'art. 197 TFUE prevede la possibilità di facilitare lo scambio di informazioni e di funzionari pubblici e nel sostenere programmi di formazione.

Da un lato, nel nuovo articolo è possibile intravedere la base per interventi di supporto dell'Unione in molteplici questioni amministrative (dalla determinazione degli standard alle buone pratiche)³⁰, dall'altro è evidente che nella disposizione stessa sono previsti dei limiti alquanto stringenti.

In effetti, la nuova base giuridica sembra avere l'obiettivo di disciplinare più compiutamente le forme di cooperazione amministrativa che sono nate tra le autorità nazionali ed amministrazioni degli Stati membri che attuano il diritto dell'Unione, per risolvere i problemi pratici che queste si trovano a dover affrontare per garantire l'effettivo rispetto del diritto dell'Unione. Si pensi ad esempio allo *European Competition Network*³¹ o alle forme di cooperazione amministrativa disposte nell'ambito di particolari settori come i punti di contatto creati con la direttiva "servizi" 2006/123³².

La cooperazione amministrativa, dunque, sembra non costituire di per sé un limite all'esercizio della competenza legislativa dell'Unione introdotta dall'art. 298 TFUE dal momento che, come sopra argomentato, essa si riferisce ad un particolare profilo dell'attuazione del diritto dell'Unione europea da parte delle amministrazioni degli Stati membri, ossia alla possibilità di migliorarne l'esercizio mediante misure di sostegno e di completamento.

La possibilità di disciplinare in maniera generale con un codice amministrativo europeo non solo l'attività di istituzioni, organi, e organismi dell'Unione ma anche delle amministrazioni nazionali nell'attuazione del diritto dell'Unione europea, deve essere dunque valutata sulla base dell'esegesi del solo art. 298 TFUE. Di seguito si propone quindi una analisi dell'articolo, al fine di tratteggiare il possibile contenuto di un codice amministrativo europeo.

4. Come sopra anticipato, l'art. 298 TFUE è stato introdotto dal Trattato di Lisbona per rispondere all'esigenza di inserire una disposizione che conferisse all'Unione il potere di adottare norme sulla buona amministrazione nelle istituzioni dell'UE³³. Prima di tale modifica, l'adozione di un atto normativo che regolasse il procedimento amministrativo dinanzi ad istituzioni, organi ed organismi dell'U-

³⁰ Così M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 238.

³¹ Lo *European Competition Network* è stato costituito con la dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete delle autorità garanti della concorrenza, reperibile *online*. Anche parte della dottrina evidenzia come la netta separazione tra compiti e funzioni tra Unione europea sia stata sostituita da varie forme di cooperazione amministrativa tra le autorità dell'Unione e degli Stati: v. J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, cit., p. 10 e bibliografia ivi citata, alla nota 15.

³² Art. 28 ss. della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno. Secondo l'art. 28, infatti, "gli Stati membri si prestano assistenza reciproca e si adoperano per instaurare forme di collaborazione efficaci onde garantire il controllo dei prestatori e dei loro servizi". A tal fine ogni Stato membro designa uno o più punti di contatto, il cui elenco è aggiornato a cura della Commissione, che forniscono le informazioni sui prestatori stabiliti sul proprio territorio richieste da un altro Stato membro. Per altri esempi si veda M. POTO, *Commento all'articolo 197 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione Europea Operativo*, Napoli, 2012, p. 1491 ss., nonché L. GEROLA, *Commento all'art. 197 TFUE*, in F. POCAR, C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 1134 ss.

³³ Così nella relazione finale del Presidente del Gruppo V, cit., p. 18. In particolare, il Praesidium ha rivolto al Gruppo la richiesta di esaminare un documento con il quale veniva richiesto di introdurre una base giuridica specifica per l'adozione di norme dell'UE in materia di buona amministrazione, efficienza e trasparenza per le istituzioni dell'Unione europea. Il Praesidium aveva approvato tale proposta ed erano state così formulate delle raccomandazioni.

nione poteva basarsi solo sulla c.d. clausola di flessibilità, non essendo possibile rinvenire altre norme *ad hoc* nei Trattati³⁴. Oggi, invece, la presenza di una idonea base giuridica rende inutilizzabile tale clausola e consente di adottare un atto giuridico nei limiti di quanto espressamente stabilito.

Secondo l'art. 298 TFUE il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, fissano disposizioni al fine di perseguire il principio affermato nel primo paragrafo dell'art. 298 TFUE, e cioè affinché, nell'assolvere i loro compiti, le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basino su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente.

Atteso, dunque, che l'art. 298 TFUE costituisce una base giuridica per l'adozione di disposizioni relative al funzionamento delle istituzioni dell'Unione, occorre interrogarsi sul possibile utilizzo in concreto di tale base giuridica. A tal proposito, l'applicazione pratica di tale fondamento normativo dipende essenzialmente dall'interpretazione della finalità espressa nel primo paragrafo, e dunque da cosa si intenda per *assolvimento dei compiti delle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione* e del significato che voglia darsi all'obbligo per queste di *basarsi su una amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente*. La norma si presta ad esegesi differenti, che sono state analizzate da un gruppo di studiosi specializzati in diritto amministrativo europeo ed in diritto amministrativo comparato, che ha creato un *Research Network on EU Administrative Law* (ReNEUAL), ed ha pubblicato un codice del procedimento amministrativo dell'Unione europea³⁵.

Secondo una lettura più restrittiva, la disposizione in esame si riferisce esclusivamente al funzionamento interno di istituzioni, organi ed organismi dell'Unione e di conseguenza potrebbe consentire l'adozione di regolamenti che disciplinino solo tale profilo della loro organizzazione³⁶. Tuttavia, seguendo questa interpretazione, si corre il rischio di ridurre l'art. 298 TFUE ad una mera riproposizione dell'art. 336 TFUE³⁷, spogliando la norma del suo *effet utile*. Considerando che l'art. 336 TFUE definisce la procedura da adottare per stabilire lo statuto dei funzionari dell'Unione europea ed il regime applicabile agli altri agenti dell'Unione, non è chiaro in cosa potrebbe differire il contenuto di un regolamento adottato ai sensi dell'art. 298 TFUE rispetto allo Statuto. Non avrebbe quindi senso l'art. 298 TFUE nella parte

³⁴ Nel 2001, con la risoluzione sulla relazione speciale del Mediatore europeo al Parlamento europeo a seguito dell'indagine di propria iniziativa circa l'esistenza e l'accessibilità al pubblico, nelle varie istituzioni e organismi comunitari, di un codice di buona condotta amministrativa, il Parlamento europeo ha chiesto alla Commissione di presentare una proposta di regolamento contenente un codice di buona condotta amministrativa ritenendo di dover utilizzare quale base giuridica l'attuale art. 352 TFUE, non rinvenendo nei Trattati altre possibili basi giuridiche. Sul punto si rinvia al par. 7.

³⁵ Il Codice sul diritto amministrativo europeo redatto da ReNEUAL si compone di sei libri: dopo il preambolo, che tratteggia i principi generali dell'attività amministrativa, il libro I tratta le disposizioni generali; il libro II approfondisce l'attività di *rulemaking* della amministrazione europea (articoli 290 e 291 TFUE); il libro III definisce i procedimenti amministrativi tradizionalmente intesi (*adjudication*); il libro IV la disciplina dei contratti; il libro V i procedimenti compositi; ed il libro VI lo scambio di informazioni tra pubbliche amministrazioni. La versione in inglese del Codice è reperibile *online*. La versione in italiano è stata pubblicata in G. DELLA CANANEA, D.-U. GALETTA (a cura di), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli, 2016. Per una ricognizione delle differenti interpretazioni proposte in dottrina si veda in particolare il primo libro.

³⁶ *Ivi*, p. 32, punto 37.

³⁷ Il secondo paragrafo dell'art. 298 TFUE stabilisce che “[i]l Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, fissano disposizioni a tal fine, nel rispetto dello statuto e del regime adottati sulla base dell'articolo 336”.

in cui stabilisce espressamente che le disposizioni devono essere deliberate “nel rispetto dello statuto e del regime adottati sulla base dell’articolo 336”. Inoltre, una simile interpretazione finirebbe per essere in contrasto con uno degli obiettivi espressi dall’art. 298 TFUE, ossia l’introduzione di regolamenti che fissino disposizioni finalizzate alla creazione di una amministrazione aperta.

Secondo una lettura estensiva, invece, la disposizione potrebbe essere considerata una base giuridica idonea a introdurre un insieme di norme che disciplinino il procedimento amministrativo sia dell’Unione europea sia degli Stati membri laddove questi attuino il diritto dell’Unione europea (c.d. esecuzione indiretta). Tale interpretazione si basa su un concetto ampio di *amministrazione europea*, che includerebbe anche le amministrazioni nazionali nella loro attività di esecuzione degli atti sovranazionali³⁸. Secondo tale orientamento, la codificazione dei principi fondamentali dei procedimenti amministrativi europei³⁹ dovrebbe essere generale e dovrebbe fungere da parametro anche per l’azione delle amministrazioni nazionali nell’attuazione del diritto dell’Unione europea e rendere così coerente la cosiddetta amministrazione diretta e quella indiretta. Tuttavia, anche questa interpretazione non sembra corrispondere a quanto disposto testualmente dall’art. 298 TFUE.

Secondo la terza possibile lettura della disposizione, la base giuridica in esame consente l’adozione di norme vincolanti che disciplinino il procedimento amministrativo delle sole istituzioni, organi e organismi dell’Unione⁴⁰. Il Parlamento europeo ha condiviso quest’ultima tesi nel testo allegato alla risoluzione del 9 giugno 2016, definita *cauta* dagli autori degli studi preliminari⁴¹. Questa riteniamo sia l’interpretazione più rispondente al dato letterale dell’art. 298 TFUE, oltre ad essere quella intorno alla quale si immaginava di trovare il consenso delle altre istituzioni. Ed infatti, nel primo paragrafo i soggetti della disposizione sono le istituzioni, gli organi e gli organismi dell’Unione, che nell’assolvere i loro compiti devono basarsi su una amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente. Il concetto di *amministrazione europea*, che di per sé potrebbe anche essere inteso nel senso più inclusivo, costituisce piuttosto un ideale cui devono aspirare le istituzioni dell’Unione nello svolgimento delle loro funzioni. Tantomeno sembra possibile ricavare una interpretazione più estensiva dal secondo paragrafo dell’art. 298 TFUE, che al contrario conferisce all’Unione una competenza normativa *a tal fine* e non con uno scopo più generale.

Come si vedrà meglio oltre, nella risoluzione del 9 giugno 2016 il Parlamento ha fatto riferimento alla sola base giuridica prevista dall’art. 298 TFUE e non anche ad altre disposizioni dei Trattati. Ciò in quanto l’obiettivo principale del regolamento di

³⁸ Sulla possibile interpretazione estensiva si veda G. DELLA CANANEA, D.-U. GALETTA (a cura di), *op. cit.*, I, punto 43, p. 17.

³⁹ O. DUE, *Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 1987, p. 383.

⁴⁰ In senso contrario J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, cit., spec. p. 19. Secondo l’Autore il Trattato di Lisbona ha lasciato pressoché invariato il sistema: il disposto del primo paragrafo dell’art. 298 TFUE avrebbe natura principalmente dichiarativa e non potrebbe costituire una base giuridica sufficiente per procedere ad una codificazione generale del diritto del procedimento amministrativo europeo, per quanto ciò sarebbe comunque auspicabile.

⁴¹ D.-U. GALETTA, H.C.H. HOFMANN, O. MIR-PUIGPELAT, J. ZILLER, *The Context and Legal Elements of a Proposal for a Regulation on the Administrative Procedure of the European Union’s Institutions, Bodies, Offices and Agencies*, 2016, reperibile *online*, p. 15. A favore di questa interpretazione si era già espresso J. ZILLER, *Is a Law of Administrative Procedure for the Union Institutions Necessary? Introductory Remarks and Prospects*, 2011, reperibile *online*, p. 18.

cui si propone l'adozione coincide con quanto previsto da tale disposizione: adottare una disciplina per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace ed indipendente. D'altronde, la *ratio* dell'introduzione di tale base giuridica sembra essere proprio quella di dotare l'Unione di uno strumento unitario in cui siano definiti i principi che regolano l'assolvimento dei compiti delle istituzioni, organi ed organismi.

5. Dopo aver valutato l'attività di quali istituzioni possa essa essere disciplinata attraverso un codice di diritto amministrativo europeo, è opportuno soffermarsi sull'eventuale contenuto materiale di quest'ultimo.

Il progetto di codificazione aspira ad introdurre una disciplina il più possibile generale, per ovviare alla mancanza di unitarietà determinata dall'esistenza di singole normative settoriali adottate sulla base di differenti basi giuridiche. Bisogna però tener conto del fatto che vi è un diverso grado di definizione delle regole procedurali, che dipende dal differente potere attribuito alle istituzioni dai Trattati e dai vari ambiti regolamentati.

Se si procedesse alla codificazione dei soli principi generali, si correrebbe il rischio di ottenere una mera riproposizione degli stessi così come statuiti nei Trattati, nella Carta dei diritti fondamentali e nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in un atto di diritto derivato, dunque in una fonte di rango subordinato⁴².

La funzione di un codice amministrativo europeo dovrebbe essere, piuttosto, quella di introdurre una declinazione dei principi rilevanti in materia, con la finalità di chiarirne effettivamente la portata applicativa, in particolare nell'ambito dei settori cosiddetti trasversali come ad esempio l'adozione degli atti amministrativi a portata individuale, l'adozione degli atti regolamentari a portata generale oppure dei contratti⁴³. È opportuno esaminare di seguito tali settori, per comprendere come un codice potrebbe contribuire a creare un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente ed a perseguire una maggiore chiarezza e certezza nell'applicazione dei diritti dei singoli⁴⁴.

L'art. 298 TFUE introduce, nel primo paragrafo, principi che costituiscono degli standard di condotta delle istituzioni e degli organi che compongono l'amministrazione europea⁴⁵. Tali principi dovrebbero innanzitutto applicarsi ai procedimenti che si concludono con provvedimenti che sono suscettibili di ledere la sfera personale di persone fisiche o giuridiche; del resto è proprio a seguito di impugnazioni di simili atti che si è sviluppata la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa ai diritti delle parti, ora esplicitamente definiti anche nell'art. 41 della Carta.

⁴² In merito parte della dottrina ha paventato il rischio che in tal modo i principi vengano cristallizzati nella loro applicazione: v. J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, cit., p. 1529. In senso contrario si potrebbe ritenere, come del resto ha fatto il Tribunale nella sentenza del 19 giugno 1997, causa T-260/94, *Air Inter*, che una regolamentazione specifica non può escludere o limitare l'applicazione di un principio fondamentale. Secondo il Tribunale, “[i]l rispetto di questo principio deve pertanto essere garantito sia in caso di assenza totale di una disciplina specifica sia in presenza di una regolamentazione che non tenga di per sé conto del suddetto principio” (punto 60).

⁴³ In questo senso si aderisce a quanto sostenuto da J. ZILLER, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁴ Come si vedrà anche oltre, l'applicazione dei soli principi per come espressi in via giurisprudenziale determina comunque una forma di incertezza, che deriva dal fatto che le pronunce della Corte si basano spesso anche su un approccio “caso per caso”. Di certo l'introduzione di un unico atto normativo cui potrebbero fare riferimento i cittadini rappresenterebbe un importante passo in avanti: in questo senso anche O. MIR-PUIGPELAT, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁵ Così J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, cit., p. 14.

Meno scontata è l'applicabilità dei principi stabiliti al primo paragrafo dell'art. 298 TFUE, e di quelli che potranno essere redatti in virtù della base giuridica definita al secondo paragrafo del medesimo articolo, all'attività di adozione di atti delegati e di atti di esecuzione da parte della Commissione e delle altre istituzioni ed organi coinvolti *ex* articoli 290 e 291 TFUE.

Dal punto di vista sistematico, la collocazione dell'art. 298 all'interno del medesimo capo del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea suggerisce che l'azione delle istituzioni debba essere sempre *aperta, efficace ed indipendente* laddove attui una procedura di adozione di atti giuridici, ivi compresi gli atti delegati e di esecuzione. Ne consegue che il Parlamento europeo ed il Consiglio possono, in virtù del secondo paragrafo dell'art. 298 TFUE, adottare regolamenti che disciplinino più in concreto l'applicazione di tali principi anche in tale ambito. Peraltro, la rilevanza dell'attività svolta dalle istituzioni ed organi, l'importanza degli atti che possono essere adottati, oltre alla mancanza di coerenza e di uniformità tra i diversi specifici settori di intervento e di principi generali in questo contesto, dovrebbero indurre a ritenere applicabili anche a tale settore le norme di un eventuale codice amministrativo europeo⁴⁶.

Tuttavia, non può essere sottovalutato il fatto che secondo l'art. 290 TFUE la Commissione può adottare degli atti delegati a portata generale, e tendenzialmente a portata generale dovrebbero essere anche le misure di esecuzione adottate dalla medesima istituzione in base all'art. 291 TFUE. Ciò dovrebbe comportare una differente portata dei diritti attribuiti alle parti in tal caso rispetto a quelli garantiti nell'ipotesi di atti a portata individuale. Potrebbero altrimenti essere stabiliti dei diritti non in capo ai singoli, che non avrebbero un interesse diretto ed individuale, bensì in capo ad associazioni portatrici di interessi⁴⁷.

L'art. 291 TFUE attribuisce, poi, alla Commissione – o, in specifici casi, al Consiglio – la competenza ad adottare atti di esecuzione nel caso in cui siano necessarie misure uniformi⁴⁸. Le regole e i principi generali relativi alle modalità

⁴⁶ In questo senso si è espresso J. ZILLER, *op. cit.*, p. 19 s. Come si vedrà oltre, nel testo allegato alla risoluzione del 9 giugno 2016 è stata esclusa l'applicabilità delle disposizioni ivi proposte agli atti adottati *ex* articoli 290 e 291 TFUE per ragioni di opportunità, considerando anche la possibile confusione che si potrebbe determinare con il regolamento adottato in base al par. 3 dell'art. 291 TFUE per definire le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione, citato alla successiva nota 49. Si veda in merito anche D.-U. GALETTA, H.C.H. HOFMANN, O. MIR-PUIGPELAT, J. ZILLER, *op. cit.*, p. 16. Inoltre, sul punto J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, cit., p. 18, specifica che: “[n]evertheless, this article should not be misunderstood as to provide for a general all-inclusive administrative legal competence. In contrast, the competence is limited to those specific areas of law where differing administrative practices would lead to unacceptable negative repercussions for the European Union”.

⁴⁷ In tal senso si ricorda che, già in virtù della Convenzione di Aarhus, l'Unione europea, in quanto parte aderente, deve garantire il diritto di accesso alla giustizia per contestare gli atti o le omissioni delle istituzioni, organi ed organismi che contrastino con le disposizioni del diritto ambientale nazionale.

⁴⁸ L'art. 291 TFUE rappresenta una disposizione particolarmente rilevante anche per un ulteriore motivo. Essa, infatti, disciplina il ruolo dell'Unione e degli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione europea. Nel primo paragrafo è stabilito che “gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione”. In tal senso la norma riconosce il fondamentale ruolo che è rimesso agli Stati nell'attuazione del diritto dell'Unione e dunque l'importanza del compito di adottare le disposizioni necessarie ad assicurare l'effettiva esecuzione degli atti sovranazionali, così come sottolineato anche in A. DASHWOOD *et al.* (eds.), *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Oxford, 2011, p. 87. Tale obbligo è del resto espressione del principio di leale cooperazione come declinato dall'art. 4, par. 3, TUE secondo cui gli “Stati membri adottano ogni misura

di controllo da parte degli Stati membri sull'attività della Commissione devono essere definiti con un regolamento, che disciplina così questa particolare attività amministrativa svolta dalla Commissione. Il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato a tal fine il regolamento 182/2001⁴⁹ che, nella sua attuale formulazione, stabilisce gli aspetti procedurali dell'adozione degli atti di esecuzione e non contiene, invece, disposizioni generali relative al rispetto del principio di buona amministrazione⁵⁰. Per questo motivo si ravvede comunque l'esigenza di introdurre delle disposizioni *sui diritti delle parti anche nei procedimenti* per l'adozione di atti a portata generale in un regolamento che disciplini l'azione amministrativa delle istituzioni dell'Unione europea.

In dottrina è stato proposto di disciplinare, attraverso il codice amministrativo europeo, anche i contratti e gli accordi stretti da istituzioni, organi, uffici ed agenzie dell'Unione⁵¹. Una disciplina uniforme di tale ambito si rende opportuna in quanto attraverso tali strumenti si provvede alla fornitura di beni e servizi, ma anche nell'attuazione delle politiche nell'ambito della ricerca, dello sviluppo tecnologico o dell'aiuto allo sviluppo e della coesione territoriale. Attualmente, la regolamentazione del rapporto che sorge in virtù dei contratti e degli accordi è spesso disciplinata dalla legge dello Stato in cui le istituzioni interessate hanno sede e ciò comporta che possano esservi delle rilevanti differenze tra le regole applicabili a seconda dell'istituzione, organo o organismo dell'Unione che ne è parte⁵². Tale suggerimento non è stato però accolto dal Parlamento europeo.

Nel testo allegato alla risoluzione del 9 giugno 2016, il Parlamento europeo ha suggerito un insieme di norme applicabili in generale alle attività amministrative delle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione: le disposizioni ivi stabilite non si applicano alle procedure legislative, ai procedimenti giudiziari ed ai procedimenti relativi all'adozione di atti non legislativi basati sulle disposizioni dei Trattati, e quindi di atti delegati o di atti di esecuzione. Dunque, l'ambito materiale di applicazione include le decisioni individuali e quelle a contenuto generale, mentre non vi rientrano gli atti che possono essere adottati sulla base degli articoli 290 e 291 TFUE. Come si vedrà meglio oltre, nonostante tali limiti, la raccomandazione del

di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione".

⁴⁹ Regolamento (UE) 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione.

⁵⁰ In generale R. BARATTA, *Articolo 291 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 2286, sottolinea che nell'adozione degli atti delegati e degli atti di esecuzione, per quanto questi siano funzionalmente distinti, le istituzioni hanno talvolta forzatamente fatto ricorso all'uno piuttosto che all'altro. In particolare, il Parlamento europeo ha più spesso spinto affinché si utilizzassero gli atti delegati, considerando il maggior potere di controllo che in tal modo poteva riservarsi, mentre Consiglio e Commissione dispongono di maggiore flessibilità nell'adozione di regolamenti di esecuzione.

⁵¹ Per una accurata spiegazione sull'opportunità di estendere l'applicazione del codice amministrativo europeo anche ai contratti ed agli accordi si veda J. ZILLER, *op. cit.*, p. 20 s. L'A. propone anche la disciplina della gestione delle informazioni, considerando che "[t]here is no reason to exclude data protection and access to documents from a general endeavour to codify administrative procedure. Furthermore, there is lack of legal principles applicable to the transmission and use of information generated outside of the institutions, bodies, offices and agencies in a growing sectors of policy fields, as well as in the functioning of the Internal Market and of the Area of Freedom, Security and Justice; this statement applies to all of the three areas already mentioned: adjudication, rule-making and contracts".

⁵² *Ivi*, p. 20.

Parlamento costituiva comunque un importante passo verso un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente.

6. Considerata la possibilità di introdurre, sulla base giuridica dell'art. 298 TFUE, un codice che disciplini il procedimento amministrativo dinanzi alle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione, non resta che valutare l'opportunità di adottare un *corpus* di norme che definisca unitariamente la disciplina ed i diritti delle parti. Una simile disciplina garantirebbe una maggiore chiarezza nell'individuazione dei propri diritti e quindi una maggiore certezza giuridica per i cittadini e gli operatori economici, che nei loro rapporti con tutte le istituzioni dell'Unione potrebbero così valersi di garanzie procedurali uniformi e tutelabili per via giudiziaria. Essa, inoltre, accrescerebbe la fiducia e migliorerebbe il rapporto tra il cittadino e l'amministrazione dell'Unione europea, aumentando la trasparenza e l'accessibilità di quest'ultima e potenziando di conseguenza anche la legittimità dell'Unione⁵³.

Come è noto, l'argomento è stato approfondito dagli studiosi di ReNEUAL, i quali hanno pubblicato un codice del procedimento amministrativo dell'Unione europea che si compone di un preambolo e di sei libri⁵⁴, attraverso il quale hanno proposto delle norme relative alla disciplina della procedura amministrativa europea.

Al livello istituzionale, il Mediatore europeo e il Parlamento europeo hanno sollecitato attraverso varie iniziative l'adozione di una *summa* dei diritti dei cittadini europei nell'ambito dei procedimenti amministrativi. L'esigenza di definire i diritti dei cittadini nei confronti delle istituzioni dell'Unione europea è stata rappresentata per la prima volta nel 1998 dal deputato Roy Perry⁵⁵. Due anni più tardi il Mediatore europeo Söderman ha proposto il testo di un Codice di buona condotta amministrativa nella relazione speciale al Parlamento europeo, a conclusione dell'indagine avviata di propria iniziativa "circa l'esistenza e l'accessibilità al pubblico, nelle varie istituzioni e organismi comunitari, di un codice di buona condotta amministrativa"⁵⁶, e ha invitato il Parlamento europeo a esercitare il c.d. potere di iniziativa sull'iniziativa⁵⁷ per chiedere alla Commissione di presentare una proposta in tal senso. Il testo del codice di buona amministrazione, con alcune modifiche, è stato adottato dal Parlamento europeo in seduta plenaria con la risoluzione del 6

⁵³ Si veda, in particolare, la valutazione del valore aggiunto europeo del Parlamento europeo, *Diritto dell'Unione europea in materia di procedimenti amministrativi*, cit., p. 4. Nello stesso documento il Parlamento europeo ha inoltre sottolineato che un codice del procedimento amministrativo dell'Unione europea "contribuirebbe a rendere più efficiente l'amministrazione dell'UE e consentirebbe di realizzare economie, poiché la presenza di adeguate norme amministrative si traduce in un risparmio di tempo, costi e oneri".

⁵⁴ Sul punto si rinvia alla nota 35.

⁵⁵ Roy Perry, deputato inglese del Parlamento europeo, è stato in seguito anche relatore del *Report on the European Ombudsman's Special Report to the European Parliament following the own-initiative inquiry into the existence and the public accessibility, in the different Community institutions and bodies, of a Code of Good Administrative Behaviour*, 27 giugno 2001 (A5-0245/2001), reperibile *online*.

⁵⁶ Caso OI/1/98/OV, reperibile *online*. In particolare, si vedano i punti 5 e 6 del par. D della sezione "Conclusioni e raccomandazioni", in cui il Mediatore sosteneva che "la soluzione più efficace consisterebbe nell'emanare tali norme sotto forma di un atto amministrativo europeo", preferibilmente nella forma di un regolamento.

⁵⁷ Oggi l'art. 225 TFUE, che ha ripreso il contenuto dell'art. 192, par. 2, TCE, stabilisce che "a maggioranza dei suoi membri, il Parlamento può chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto della Comunità ai fini dell'attuazione del presente trattato".

settembre 2001⁵⁸ insieme all'invito alla Commissione a presentare una proposta di regolamento sulla base dell'art. 308 TCE (oggi art. 352 TFUE).

Tuttavia, la Commissione non ha dato seguito a tale invito, ed ha invece pubblicato nell'agosto del 2001 un libro bianco sulla *governance* europea in cui dichiarava di voler promuovere un uso diversificato degli strumenti a disposizione (regolamenti, dispositivi di autoregolamentazione) al fine di rendere le procedure più aperte, più facili da seguire e più comprensibili⁵⁹.

L'adozione di un codice di buona condotta da parte del Mediatore europeo ha comunque spinto le altre istituzioni a conformarsi ai principi in esso definiti: da allora istituzioni, organi ed organismi si sono dotati di codici interni, che però non sono vincolanti ed inoltre sono differenti tra loro⁶⁰. L'effetto è stato, dunque, quello di introdurre una *summa* dei principi di comportamento e dei diritti delle parti che sono coinvolte nei procedimenti dinanzi alle amministrazioni europee. Tuttavia si tratta di impegni unilaterali che non hanno portata vincolante e tantomeno una veste uniforme, pertanto il quadro normativo in materia di diritto amministrativo europeo permane frammentario.

Per questa ragione il 15 gennaio 2013⁶¹ il Parlamento europeo ha nuovamente chiesto l'adozione di un regolamento su un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace e indipendente, in virtù dell'art. 225 TFUE, individuando l'art. 298 TFUE quale base giuridica. Anche in tal caso non è seguita, però, alcuna proposta da parte della Commissione⁶². Il 6 giugno 2016 il Parlamento ha dunque adottato un'altra risoluzione, con la quale ha presentato il testo di una proposta di regolamento per un'amministrazione dell'UE aperta, efficace e indipendente⁶³.

Nella sua risoluzione il Parlamento europeo ha precisato, ancora una volta, che l'assenza di un insieme coerente e completo di norme codificate di diritto amministrativo rende difficile per i cittadini comprendere i loro diritti. Sarebbe dunque auspicabile introdurre e stabilire una serie di norme procedurali che l'amministrazione dell'Unione dovrebbe rispettare nello svolgimento delle sue attività ammini-

⁵⁸ Relazione pubblicata in *GUCE* C 72 E, 21 marzo 2002, p. 331.

⁵⁹ COM(2001)428 def.

⁶⁰ In particolare, la Commissione europea ha adottato la decisione 2000/633/CE, CECA, Euratom, del 17 ottobre 2000, recante modificazione del suo regolamento interno aggiungendo quale allegato un codice di buona condotta amministrativa del personale della Commissione europea nei suoi rapporti con il pubblico, mentre il Segretario generale del Consiglio ha adottato la decisione del 25 giugno 2001 relativa a un codice di buona condotta amministrativa per il Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea e il suo personale nelle loro relazioni professionali con il pubblico. Si sono dotate di un codice di buona condotta anche la Corte dei conti europea, la Banca centrale europea, la Banca europea per gli investimenti, il Comitato delle Regioni. Tra le agenzie dell'Unione ritroviamo l'Agenzia europea dell'ambiente (decisione dell'Agenzia europea dell'ambiente del 20 marzo 2000 che stabilisce il codice di buona condotta amministrativa dell'Agenzia), l'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno, l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali, la Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, la Fondazione europea per la formazione professionale, l'Agenzia europea per la valutazione dei medicinali e il Centro di traduzione degli organismi dell'Unione europea. In proposito si veda la relazione speciale del Mediatore relativa al 2000.

⁶¹ Risoluzione reperibile *online*.

⁶² Si veda in proposito la risposta della Commissione del 24 aprile 2013, reperibile *online*.

⁶³ Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2016 per un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente (2016/2610(RSP)), reperibile *online*.

strative, al fine di garantire “un’amministrazione aperta, efficiente e indipendente e un’adequata applicazione del diritto a una buona amministrazione”⁶⁴.

La Commissione ha pubblicato una risposta a tale risoluzione, nella quale sostiene che i vantaggi derivanti da un atto legislativo non sarebbero superiori rispetto agli svantaggi che tale normativa potrebbe generare. Per questo motivo non è seguita né seguirà nel breve termine una proposta da parte della Commissione. Di seguito verrà esaminato il contenuto della risoluzione del Parlamento europeo e gli argomenti contrari espressi dalla Commissione, al fine di proporre alcune considerazioni.

7. Come sopra anticipato, la risoluzione del 9 giugno 2016 segue la precedente risoluzione del 15 gennaio 2013, in cui il Parlamento europeo aveva già espresso delle raccomandazioni alla Commissione sul diritto dell’Unione europea in materia di procedimenti amministrativi ed aveva elaborato una serie di principi in materia, oggi ulteriormente sviluppati in una bozza di proposta di regolamento. In entrambe le risoluzioni, il Parlamento europeo evidenzia che l’Unione non dispone di un insieme coerente e completo di norme codificate di diritto amministrativo, e ciò rende difficile per i cittadini comprendere i loro diritti. Del resto i codici di condotta interni delle varie istituzioni hanno un effetto limitato, sono diversi tra loro e non sono giuridicamente vincolanti⁶⁵.

Nella prima risoluzione, il Parlamento europeo si era limitato a definire un nucleo di principi cardine della buona amministrazione elaborati dalla Corte di giustizia, che godono di un ampio consenso tra gli Stati membri e che avrebbero dovuto stabilire “una procedura applicabile come norma *de minimis* laddove non esista una *lex specialis*”⁶⁶. Esso aveva dunque chiesto di procedere alla codificazione dei diritti procedurali dei cittadini nei confronti dell’amministrazione dell’Unione, ed in particolare delle norme relative all’avvio del procedimento, al diritto di essere sentiti e di accedere al proprio fascicolo, all’adozione entro precisi termini di una decisione motivata e corredata dall’indicazione dei mezzi di impugnazione.

I medesimi principi sono stati sviluppati nella successiva risoluzione del 9 giugno 2016 ed elaborati in una bozza di proposta di regolamento allegata. Anche in tal caso il Parlamento ha ritenuto opportuno che il campo di applicazione del regolamento fosse limitato all’amministrazione diretta, e quindi alle sole istituzioni, organi ed organismi dell’Unione. Ed infatti, l’art. 1 e l’art. 2, par. 1, del testo allegato alla risoluzione precisano che esso si riferisce all’attività amministrativa dell’amministrazione dell’Unione, escludendo così l’attività amministrativa nazionale in attuazione del diritto europeo. Inoltre sono esplicitamente esclusi, sulla base di quanto disposto dal secondo paragrafo dell’art. 2, i procedimenti legislativi, quelli giudiziari e quelli “che portano all’adozione di atti non legislativi basati direttamente sui

⁶⁴ Si vedano il 5° e il 14° ‘considerando’ del testo allegato alla citata risoluzione del 9 giugno 2016.

⁶⁵ Così i ‘considerando’ D ed E della citata risoluzione del 15 gennaio 2013.

⁶⁶ Così la raccomandazione 2 (sul rapporto tra il regolamento e gli strumenti settoriali) delle “raccomandazioni particolareggiate concernenti il contenuto della proposta richiesta”, allegata alla citata risoluzione del 15 gennaio 2013. Secondo il Parlamento europeo il regolamento di cui si auspica l’adozione dovrebbe codificare i seguenti principi: principio di legalità; principio di non discriminazione e parità di trattamento; principio di proporzionalità; principio di imparzialità; principio di coerenza e legittime aspettative; principio del rispetto della vita privata; principio di equità; principio di trasparenza; principio di efficienza e di servizio.

trattati, su atti delegati o su atti di esecuzione”⁶⁷. L’ambito di applicazione appare quindi più limitato rispetto a quanto auspicato in dottrina, dato che l’ultima parte dell’articolo citato esclude la possibilità di disciplinare il procedimento relativo all’adozione degli atti di cui agli articoli 290 e 291 TFUE⁶⁸.

Il ruolo del regolamento allegato alla risoluzione del Parlamento europeo è poi reso più chiaro dall’art. 3, che disciplina il rapporto tra questo e le normative settoriali dell’Unione. Esso infatti fa salvi gli altri atti giuridici dell’Unione che stabiliscono specifiche norme in materia di procedimenti amministrativi, relativamente a determinati settori. In tal modo, le norme della bozza di proposta integrano il contenuto dei diversi atti normativi particolari e ne colmano le eventuali lacune senza incidere sul contenuto delle discipline settoriali, con l’obiettivo di favorirne un’interpretazione maggiormente coerente con i principi generali in materia e di ridurre la frammentarietà che caratterizza l’attuale insieme di norme procedurali applicabili.

I successivi capi sono dedicati all’avvio, alla gestione e alla conclusione del procedimento amministrativo. Per quanto concerne l’avvio del procedimento amministrativo, si stabilisce che i procedimenti possono essere iniziati dall’amministrazione dell’Unione di propria iniziativa oppure su istanza di parte⁶⁹. Nel primo caso la decisione di avviare un procedimento deve essere notificata alle parti nella lingua dello Stato in cui esse si trovano, a meno che non ostino ragioni di interesse pubblico, comunicando altresì gli elementi essenziali del procedimento. Nel secondo caso, la richiesta di avviare il procedimento dovrà contenere tutti gli elementi necessari per avviare il procedimento, pur senza prevedere inutili requisiti formali, e l’amministrazione sarà anche tenuta ad inviare un avviso di ricevimento che contenga gli elementi essenziali del procedimento.

Nell’ambito del capo dedicato alla gestione del procedimento vengono poi specificati sia i diritti procedurali delle parti sia gli obblighi per l’amministrazione. Tra i primi sono esplicitamente disciplinati: il diritto di ricevere informazioni in modo chiaro e comprensibile, di accedere al fascicolo, di essere ascoltati prima che sia adottata qualsiasi misura pregiudizievole nei propri confronti, di produrre le prove che ritengono appropriate, di comunicare con l’amministrazione anche a distanza e in qualsiasi lingua prevista dai Trattati, di essere rappresentati e di pagare oneri ragionevoli e proporzionati⁷⁰. Tra gli obblighi a carico dell’amministrazione figurano, in particolare, quello di esaminare il caso in maniera accurata e imparziale, di tenere dei registri della corrispondenza dei documenti ricevuti e delle decisioni adottate nel rispetto della protezione dei dati, di concludere i procedimenti in tempi ragionevoli e comunque non oltre tre mesi dalla data di notifica della decisione di avviare il procedimento o dall’avviso di ricevimento della richiesta di parte⁷¹.

Nel corso del procedimento amministrativo, ed in particolare nell’ambito delle indagini svolte dall’amministrazione dell’Unione, secondo la bozza di proposta le istituzioni, organi ed organismi dell’Unione possono procedere all’audizione dei

⁶⁷ Così la lett. c) del secondo paragrafo dell’art. 2 del testo allegato alla risoluzione del 9 giugno 2016.

⁶⁸ Sul punto ci si potrebbe interrogare, così come in parte si è fatto nel precedente paragrafo, su quali tra i diritti formulati nel testo allegato alla risoluzione del 9 giugno 2016 avrebbero potuto essere considerati applicabili anche all’adozione di atti a portata generale adottati sulla base degli articoli 290 e 291 TFUE.

⁶⁹ Si vedano l’art. 5 ss. del testo allegato alla risoluzione del 9 giugno 2016.

⁷⁰ Si vedano in proposito gli articoli 7-8 del testo allegato alla risoluzione del 9 giugno 2016.

⁷¹ Si veda l’art. 8 ss. del testo allegato alla risoluzione del 9 giugno 2016.

testimoni ed esperti nonché di svolgere accertamenti. Inoltre, viene prevista la possibilità di procedere ad ispezioni, quando siano necessarie per adempiere un obbligo o raggiungere un obiettivo dell'Unione⁷² oppure quando un atto dell'Unione conferisca un potere di ispezione.

Nel capo dedicato alla conclusione del procedimento è previsto l'obbligo di adottare atti in forma scritta, in cui siano chiaramente indicati i motivi su cui gli stessi si fondano, la base giuridica e i presupposti di fatto. Devono essere altresì indicati i mezzi di impugnazione, in particolare il ricorso di tipo amministrativo all'autorità gerarchicamente superiore o ad altro ufficio se ciò non è possibile, nonché la possibilità di avviare un procedimento giudiziario o presentare denuncia al Mediatore europeo⁷³.

Sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia e delle disposizioni contenute in alcune discipline settoriali, la bozza di proposta di regolamento introduce, poi, alcuni principi relativi alla rettifica e alla revoca degli atti amministrativi⁷⁴. Meritano attenzione anche le disposizioni relative alla disciplina degli atti amministrativi a portata generale: l'art. 26 estende l'applicazione dei principi stabiliti a questa tipologia di atti, considerando che si tratta comunque di atti di natura amministrativa. Naturalmente la portata generale imporrebbe una disciplina *ad hoc* per alcuni aspetti particolari, come l'obbligo di notifica, che tuttavia non sono specificati⁷⁵.

Infine, appare degno di nota l'art. 28, che prevede l'obbligo delle amministrazioni di pubblicare su uno specifico sito internet informazioni semplici, chiare e aggiornate sui procedimenti, e in particolare su quelli che possono essere iniziati su richiesta della parte. Ciò dovrebbe agevolare i cittadini nella conoscenza del funzionamento dell'apparato amministrativo dell'Unione e dei propri diritti, avvicinandoli alla non sempre accessibile burocrazia sovranazionale.

La predisposizione di un insieme di norme che definiscano i principi cardine delle persone fisiche e giuridiche nei confronti dell'amministrazione sembra rispondere all'esigenza di introdurre un *corpus* unico e generale, che possa da un lato completare le normative adottate sulla base di specifiche competenze normative e dall'altro rendere più immediata la conoscibilità dei diritti delle parti nel percorso di avvicinamento dell'Europa ai cittadini.

La Commissione ha risposto alla risoluzione del 9 giugno 2016 a distanza di pochi mesi, esprimendo però il proprio parere negativo ad iniziare l'*iter* normativo per l'adozione di un codice amministrativo europeo. Essa ha infatti affermato che l'introduzione di un codice di diritto amministrativo richiederebbe la revisione di un consistente numero di atti legislativi attualmente in vigore; inoltre, tale codificazione rischierebbe di creare dei problemi di delimitazione del campo di applicazione delle regole generali rispetto a quelle settoriali.

⁷² In tal caso non sembra tuttavia sussistere un obbligo a carico delle parti di subire l'ispezione, a meno che non vi siano atti normativi *ad hoc*. Sul punto si veda l'art. 12 del testo allegato alla risoluzione del 9 giugno 2016.

⁷³ Si veda l'art. 18 ss. della bozza di proposta.

⁷⁴ Così gli articoli 23 e 24. In caso di atti pregiudizievoli, la rettifica o revoca dell'atto amministrativo illegittimo avrà effetto *ex tunc*, mentre in caso di atto legittimo gli effetti saranno *ex nunc*. Nell'ipotesi di rettifica o revoca di atti amministrativi vantaggiosi per una parte dovrà essere rispettato il principio del legittimo affidamento, valutando anche un risarcimento per le eventuali perdite subite.

⁷⁵ In proposito si veda anche D.-U. GALETTA, H.C.H. HOFMANN, O. MIR-PUIGPELAT, J. ZILLER, *op. cit.*, p. 32.

Al contrario, secondo il parere della Commissione, le norme orizzontali che regolano la buona condotta amministrativa nonché i vari statuti, regolamenti finanziari, discipline di accesso ai documenti e protezione dei dati, adottate da essa stessa come da altre istituzioni ed organi, costituirebbero una tutela sufficiente. Inoltre, le potenzialità dei servizi amministrativi *online* garantirebbero l'efficacia dell'azione amministrativa⁷⁶. D'altronde, secondo la sua opinione, la Commissione analizza ogni caso di cattiva amministrazione e cerca di risolvere ogni errore commesso, anche dialogando con il Mediatore europeo. Sul punto, in verità, non si è tanto ottimisti, dato che in alcuni casi proprio la Commissione non ha dato seguito agli inviti del Mediatore concernenti il suo operare⁷⁷.

Gli argomenti addotti dalla Commissione non appaiono convincenti: il rapporto tra le eventuali norme a carattere generale e quelle settoriali attualmente esistenti potrebbe essere infatti opportunamente regolato garantendo l'applicazione delle prime solo in via residuale. D'altronde, se dovessero sorgere dubbi applicativi, le questioni potrebbero essere rimesse alla Corte di giustizia attraverso le procedure previste nei Trattati. Per questo motivo, non si comprende perché un atto *ad hoc* possa risultare meno chiaro dell'attuale eterogeneo quadro normativo. Inoltre, appare degno di nota il fatto che la Commissione si limiti ad evidenziare che l'amministrazione europea sia già aperta, efficace ed indipendente in virtù di codici di buona condotta – che sono differenti tra loro e non vincolanti – e che le altre tutele derivino da discipline trasversali, di fatto evidenziando che manca un quadro unitario di riferimento.

Ai fini dell'analisi svolta nel presente lavoro, appare comunque importante sottolineare che la Commissione non ha espresso alcun dubbio sulla scelta della base giuridica, che dunque deve ritenersi un valido fondamento per un auspicato intervento normativo. Essa aveva addirittura riconosciuto espressamente l'esistenza di tale base giuridica⁷⁸. Ad ogni modo, di fatto la risposta presentata sembra chiudere, almeno nel breve termine, ogni possibile spazio all'introduzione di un codice amministrativo europeo.

8. L'adozione di un regolamento che definisca i diritti delle parti nell'ambito dei procedimenti amministrativi dell'Unione europea potrebbe rappresentare un importante passo in avanti nel processo di avvicinamento dei cittadini alle istituzioni europee ed al loro operare⁷⁹. Ad oggi, infatti, il diritto amministrativo europeo è caratterizzato da un quadro normativo eterogeneo, composto da fonti di diritto primario, da principi generali, da atti di diritto derivato e da atti non vincolanti. È dunque garantita una tutela delle parti nei procedimenti che coinvolgono le amministrazioni dell'Unione ma non è sempre agevole comprendere i diritti dei singoli considerando

⁷⁶ I punti della posizione espressa dalla Commissione erano stati già anticipati nella risposta da parte del Presidente Barroso alla interrogazione parlamentare dell'on. Anneli Jäätteenmäki, 17 gennaio 2012, E-011125/2011.

⁷⁷ Ci si riferisce, in particolare, alla decisione del Mediatore europeo del 4 ottobre 2012 che ha chiuso con delle osservazioni critiche il caso relativo alla traduzione, da parte della Commissione europea, del testo delle consultazioni pubbliche nelle lingue dei Paesi interpellati. La Commissione non aveva infatti dato alcun riscontro positivo alle soluzioni proposte dal Mediatore. Si veda la decisione del 4 ottobre relativa al caso 640/2011/AN contro la Commissione europea, reperibile *online*.

⁷⁸ Si veda la citata risposta da parte del Presidente Barroso alla interrogazione parlamentare dell'on. Anneli Jäätteenmäki.

⁷⁹ Più in generale sul processo di democratizzazione si veda U. VILLANI, *Considerazioni sulla democratizzazione dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 217 ss.

la moltitudine di fonti e di procedimenti che le amministrazioni svolgono in ragione dei differenti poteri loro attribuiti dai Trattati. Per tali ragioni è importante che venga adottato un atto che rappresenti un punto di riferimento il più possibile esaustivo per i cittadini. Il Parlamento europeo ha adottato, nel corso degli anni, tre risoluzioni con le quali ha chiesto alla Commissione europea di adottare un atto normativo in tal senso.

Il Trattato di Lisbona ha introdotto una base giuridica a tal fine, prevista dall'art. 298 TFUE. Quest'ultimo stabilisce che istituzioni, organi ed organismi dell'Unione, nell'assolvere i loro compiti, devono basarsi su una amministrazione aperta, efficace e indipendente e che il Parlamento europeo ed il Consiglio adottano delle disposizioni *a tal fine*. Nella sua risoluzione del 9 giugno 2016, il Parlamento europeo ha considerato l'art. 298 TFUE come base giuridica adeguata per l'adozione di un atto che disciplini l'attività amministrativa delle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione europea, e dunque i diritti delle parti nell'ambito di tali procedimenti.

Riteniamo che questa sia l'interpretazione da privilegiare. La disposizione in esame non si riferisce all'operato delle amministrazioni nazionali, neanche nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione europea. Per questo motivo non può costituire la base giuridica per adottare delle disposizioni relative ai diritti delle parti nei procedimenti amministrativi interni, seppur disciplinati dal diritto dell'Unione europea. Ciononostante, in tale contesto dovranno trovare applicazione i principi generali statuiti dalla Corte di giustizia, come ad esempio il diritto ad una buona amministrazione, l'obbligo di motivazione ed il diritto ad essere ascoltati prima che sia adottato un provvedimento pregiudizievole. Inoltre, il limite previsto dall'art. 298 TFUE non esclude che, da un lato, possano essere adottati degli atti giuridici vincolanti che stabiliscano dei principi che si applichino all'attività delle amministrazioni nazionali nell'attuazione del diritto dell'Unione europea in determinati settori, basati su disposizioni dei Trattati che disciplinano la materia corrispondente e che attribuiscono tale competenza, dall'altro, che in ogni caso il regolamento di cui si auspica l'adozione possa costituire un importante punto di riferimento per la tutela dei singoli anche nei procedimenti di derivazione comunitaria svolti dalle autorità nazionali.

Abstract

Towards the Codification of an EU Administrative Procedure? The Question of the Proper Legal Basis

The introduction of a proper legal basis by the Lisbon Treaty has livened up the question whether an EU codification of administrative procedure should be adopted and whether it should apply only to EU institutions, bodies, offices and agencies, or also to Member States' authorities when implementing EU policies.

Nowadays, EU administrative law is made up of a heterogeneous legal framework. A single legal act should represent a coherent and comprehensive set of codified rules that makes it easier for citizens to understand their administrative rights under Union law. This article analyses Article 298 TFEU and assesses the European Parliament resolution and the European Commission follow up.



Note e Commenti

Marco Bolognese*

Il valore del giudicato nei processi civili ed il rispetto dei diritti dell'uomo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il valore del precedente della Corte europea: una questione (ir)risolta? – 3. L'adeguamento dello Stato alla sentenza europea in ambito penale. – 4. L'obbligo di adeguamento dello Stato alla sentenza europea nel dibattito istituzionale. – 5. L'assenza di un mezzo di revisione del giudicato civile: un falso problema? – 6. L'interesse del terzo quale elemento idoneo ad impedire la riapertura del processo civile. – 7. Conclusioni.

1. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 93/2018¹, nega che lo Stato sia obbligato a revisionare il giudicato civile e quello amministrativo, per conformarsi alla sopravvenuta sentenza della Corte europea, che lo ha reputato colpevole di aver violato i diritti della Convenzione. Il rigetto della questione di legittimità costituzionale, pertanto, lascia immutato l'impianto del processo civile, con il risultato pratico che la sopravvenienza di una decisione della Corte europea non costituisce una ipotesi di revocazione. Ancor più chiaramente, il giudicato nazionale che si è formato in contrasto con la Convenzione europea non deve adeguarsi alla successiva sentenza che accerti la violazione della norma pattizia.

Nei tratti salienti della motivazione, la Corte costituzionale ha affermato: "(...) che l'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, come letto dalla Corte di Strasburgo cui spetta la funzione di interprete 'eminente' (sentenze n. 49 del 2015 e n. 348 del 2007) del diritto convenzionale, allo stato non impon[e] un obbligo di riapertura dei processi civili e amministrativi. (...) l'art. 46, paragrafo 1, si limita ad incoraggiare l'introduzione della misura ripristinatoria della riapertura dei processi non penali, lasciando, tuttavia, la relativa decisione agli Stati contraenti, e ciò in considerazione della necessità di tutelare i soggetti, diversi dal ricorrente a Strasburgo e dallo Stato, che, pur avendo preso parte al giudizio interno, non sono parti necessarie del giudizio convenzionale. (...) questa Corte, (...), ha auspicato sia un sistematico coinvolgimento dei terzi nel processo convenzionale (...) sia un intervento del legislatore che permetta di conciliare il diritto di azione delle parti vittoriose a Strasburgo con quello di difesa dei terzi. Ad oggi la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non è mutata, (...) si è nuovamente sottolineata la differenza tra processi penali e civili e

* Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università degli studi di Macerata.

¹ Sentenza del 27 aprile 2018, n. 93, in www.cortecostituzionale.it.

la necessità, con riferimento a questi ultimi, di tutelare i terzi, la cui posizione processuale non è assimilabile a quella delle vittime dei reati nei procedimenti penali (...). L'assenza di novità nella lettura, ad opera della Corte di Strasburgo, dell'art. 46, paragrafo 1, della CEDU in relazione all'obbligo di riapertura dei processi civili e amministrativi, (...) comporta il rigetto della questione di legittimità costituzionale”.

Seppure la Corte costituzionale sembra conformarsi alla giurisprudenza europea – citando in particolare nel passo motivazionale i casi *Bochan (n. 2)*² e *Moreira Ferreira (n. 2)*³ – in realtà, la lettura della casistica, offerta dai giudici di Strasburgo, dovrebbe fornire una diversa indicazione sulla effettiva necessità di tutela della sfera giuridica del soggetto che non è parte nel giudizio davanti alla Corte europea (il c.d. terzo). Lettura che, se accolta, avrebbe potuto, forse, condurre la Consulta ad introdurre, nella formulazione dell'art. 395 c.p.c., un nuovo motivo di revocazione, per “consentire il riesame del merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo”. In tal modo si sarebbe fornito uno *standard* di protezione pari a quello esistente in ambito penale processuale.

2. Ancor prima di analizzare l'ipotesi testé prospettata, ossia il reale valore dell'interesse giuridico del terzo (che, diversamente dal processo penale, impedisce la revisione del giudicato civile) ed interrogarsi, anche, sull'utilità pratica della riapertura del giudizio civile, si è colpiti dalla motivazione della sentenza in commento. Essa suggerisce chiaramente di abbandonare la locuzione del “dialogo tra corti”. Le divergenze interpretative tra i due organi giurisdizionali, se possibile, si accentuano⁴.

La Corte costituzionale dimostra, infatti, una forte impronta nazionalistica, richiamando la propria decisione n. 49/2015 ove stabiliva, ricordiamo, che il giudice comune debba vincolarsi all'interpretazione della norma europea solo se fornita da una giurisprudenza costante dei giudici di Strasburgo. In quella sentenza, per chiarezza espositiva, si affermava: “[t]ale asserzione (...) si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo. Esso infatti si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera (...)”. Veniva precisato come una decisione che “promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera non obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte europea per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una ‘sentenza pilota’ in senso stretto”⁵. La sentenza in commento viene resa, ricordiamo, in data 27 aprile 2018. Non si fa attendere di molto la risposta della Corte europea, proprio in merito alla confisca in caso di lottizzazione abusiva, già da essa decisa nel caso *Varvara* e su cui la Corte costituzionale era intervenuta con la sentenza 49/2015. La Grande

² Corte europea, sentenza del 5 febbraio 2015 (Grande Camera), *Bochan c. Ucraina (n. 2)*. Tutte le decisioni citate di seguito nell'elaborato sono reperibili in www.echr.coe.int.

³ Corte europea, sentenza dell'11 luglio 2017 (Grande Camera), *Moreira Ferreira c. Portogallo*.

⁴ P. MENGOZZI, *Constitutional Rules and EU Charter of Fundamental Rights: A Temporary Misunderstanding between the Italian Constitutional Court and the Court of Justice?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 675.

⁵ Corte costituzionale, sentenza del 14 gennaio 2015, n. 49, in www.cortecostituzionale.it.

Camera il 28 giugno 2018⁶ afferma che “le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico. Il loro carattere vincolante e le loro autorità interpretativa non possono pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate.”

3. La Corte europea presta particolare attenzione alla differenza tra il processo civile e il processo penale. La riapertura del giudizio civile non deve ingiustamente turbare i principi di *res iudicata* o di certezza del diritto, soprattutto quando tale contenzioso riguarda i terzi⁷. Secondo la Corte, quindi, l’auspicata, ma mai imposta, riapertura del giudizio dovrà essere accordata in assenza di un interesse concorrente di terzi⁸. Vale a dire in mancanza di una situazione di conflitto tra l’interesse di colui che ha già proposto vittoriosamente ricorso alla Corte europea e che ora chiede al giudice interno la riapertura del processo e la sua controparte che fonda il proprio diritto sulla sentenza che dovrebbe essere appunto revisionata. Al contrario, nel processo penale, essendo in gioco il bene supremo della libertà, assumono minore dignità i diritti della vittima del reato⁹. Di conseguenza la propensione alla riapertura del giudizio appare quasi fisiologica, se non addirittura obbligata.

La Consulta, allineandosi con tale interpretazione¹⁰, tramite la sentenza 113/2011¹¹ ha introdotto nel processo penale una nuova fattispecie di “revisione europea”. Nella vicenda *Dorigo*¹² la responsabilità penale dell’imputato era stata stabilita, con sentenza definitiva, sulla base di dichiarazioni rese da altri imputati nel corso delle indagini preliminari che – avvalendosi della facoltà di non rispondere – si erano poi rifiutati di confermarle in dibattimento. Il ricorrente, reputando che la condanna violasse il diritto al contraddittorio, adiva la Corte europea, la quale accertava la violazione del diritto dell’imputato a “esaminare o far esaminare i testimoni a carico”. Sulla base di tale decisione, nell’ambito del giudizio di esecuzione della sentenza penale, veniva sollevata una seconda questione di legittimità costituzionale dell’art. 630, co. 1, lett. a), c.p.p. nella parte in cui non prevedeva, tra i casi di revisione, l’intervento di una pronuncia del giudice europeo. La disposizione processuale, per il giudice *a quo*, violava l’art. 117 Cost., in riferimento all’art. 46,

⁶ Sentenza del 28 giugno 2018 (Grande Camera), *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, par. 252. O.M. ARNARDÓTTIR, *Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2017, p. 819 ss.; 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.; A. 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*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2019, p. 155.

⁷ Sentenza *Bochan c. Ucraina* (n. 2), par. 57.

⁸ Sentenza del 6 marzo 2012, *Gladysheva c. Russia*, par. 106.

⁹ Sentenza *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), par. 67. M. CASTELLANETA, *La riapertura dei processi penali a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, I, Napoli, 2008, p. 59 ss.

¹⁰ La Corte richiama la propria sentenza del 7 marzo 2017, n. 123, in www.cortecostituzionale.it. G. CALAFIORE, *Obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo versus giudicato penale: il discrimen fra violazioni procedurali e sostanziali*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, p. 715 ss.; P. PIRRONE, *The Obligation to Comply with Decisions of the European Court of Human Rights and the Revocation of a Judgment of an Administrative Court: Judgment No. 123 of 2017 of the Constitutional Court*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 515.

¹¹ Corte costituzionale, sentenza del 4 aprile 2011, n. 113, in www.cortecostituzionale.it.

¹² Corte europea, sentenza del 9 settembre 1998.

par. 1, CEDU, che sancisce l'obbligo degli Stati contraenti di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea, rimuovendo ogni effetto contrario. La Corte costituzionale accogliendo la doglianza, affermava più volte, in motivazione, che il giudizio di revisione costituiva il mezzo più adeguato per la *restitutio in integrum*, poiché permetteva di sanare un "vizio" interno al processo, tramite la riapertura del medesimo. In tal modo l'interessato veniva posto nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione. La riapertura diveniva funzionale, così, alla rinnovazione delle attività processuali già espletate.

L'importanza della *restitutio in integrum* non riguarda solo la violazione di un diritto processuale ma si estende anche al pregiudizio arrecato ad un diritto penale sostanziale. Nel caso *Scoppola*¹³, la Grande Camera ha accertato la violazione dell'art. 7 della Convenzione, atteso che il ricorrente veniva condannato alla pena dell'ergastolo, sulla base di una legge retroattiva sfavorevole, rispetto alla pena di anni trenta. La Corte europea, eccezionalmente, ha operato la *restitutio in integrum* ordinando allo Stato italiano la sostituzione della pena. La Corte di cassazione¹⁴ ha conseguentemente revocato la sua precedente sentenza rideterminando la pena.

4. La centralità della *restitutio in integrum*, garantita tramite la riapertura del processo penale che si è concluso con la condanna, può essere meglio compresa ripercorrendo brevemente come si inquadra, a livello sovranazionale, il giudizio di revisione. In base agli articoli 41 e 46 CEDU, gli Stati si sono impegnati a conformarsi alle sentenze definitive della Corte¹⁵, rese sulle controversie nelle quali sono parti, eliminando le conseguenze dannose della violazione accertata. Tra i rimedi che lo Stato deve adottare per sanare il proprio inadempimento, tralasciando quelli a carattere generale, si annoverano, innanzitutto, le misure di carattere individuale, riferite cioè alla parte che ha fatto ricorso davanti alla Corte. Esse impongono allo Stato la cessazione immediata della violazione in essere¹⁶ e il ripristino della situazione il più possibile vicina a quella esistente prima della violazione, tramite, appunto, una *restitutio in integrum*¹⁷. Qualora ciò sia totalmente o parzialmente impossibile, a causa dei limiti esistenti nel diritto interno, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa (art. 41 CEDU), consistente nel pagamento di una somma di denaro¹⁸. Tra le misure individuali che consentono il ricollocamento del ricorrente in una situazione il più possibile equivalente a quella in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione¹⁹, si annovera anche la possibilità

¹³ Sentenza del 17 settembre 2009 (Grande Camera), *Scoppola c. Italia* (n. 2), par. 154.

¹⁴ Cassazione penale, Sez. V, sentenza dell'11 febbraio 2010, n. 16507, in *Il Foro italiano*, 2010, 9, 2, c. 446.

¹⁵ P. GIANNITI, *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Bologna, 2015.

¹⁶ G. RESS, *The Effects of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order*, in *Texas International Law Journal*, 2005, p. 380.

¹⁷ Corte europea, sentenza del 31 ottobre 1995, *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*, par. 34.

¹⁸ Tale somma attualmente si affianca agli altri due rimedi: v. sentenza del 4 ottobre 2010, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, par. 170. Di conseguenza essa perde quell'iniziale stato di subordinazione rispetto alla *restitutio in integrum*, sancito dalle sentenze del 1° marzo 2006 (Grande Camera), *Sejdovic c. Italia*, e del 6 marzo 2007, *Scordino c. Italia* (3), par. 38.

¹⁹ Sentenza del 23 gennaio 2001, *Brumarescu c. Romania*, par. 19.

di un nuovo processo o di riapertura del medesimo²⁰, con conseguente possibile caducazione del giudicato nazionale²¹.

La questione in ordine alla possibilità di derogare al giudicato in base ad una sopravvenuta sentenza della Corte di Strasburgo ha suscitato in primo luogo un fervido dibattito. Il Comitato dei Ministri, nella Recommendation No. R(2000)2²², invitava gli Stati aderenti a valutare la riapertura dei processi interni, quale strumento per fornire la *restitutio in integrum* alla vittima della violazione pattizia. L'auspicata revisione del procedimento oppure la celebrazione di un nuovo processo, sebbene siano caldeggiate soprattutto in campo penale, vengono ventilate come idonee misure a carattere ripristinatorio anche nel diritto civile e in quello amministrativo²³. In particolare sono stati ritenuti ambiti diversi da quello penale casi in cui vengano negati in modo ingiustificato, a una persona, determinati diritti civili o politici (in particolare in caso di perdita o non riconoscimento della capacità o personalità giuridica, dichiarazioni di fallimento o divieti di attività politica); quando una persona venga espulsa in violazione del suo diritto alla vita familiare; qualora ad un bambino vengano proibiti ingiustificatamente i contatti con i propri genitori. Resta, in ogni caso, ferma la necessità dell'esistenza di un nesso causale diretto tra la violazione riscontrata e lo stato di sofferenza continuativa della parte lesa.

La raccomandazione del Comitato dei Ministri viene richiamata dalla Corte come elemento rafforzativo dell'invito, che la medesima rivolge abitualmente agli Stati in ipotesi di accoglimento delle richieste della parte privata, di scegliere tra la riapertura del processo e la celebrazione di uno nuovo. Diverse sono le ragioni sottese a questo invito. Si è subito precisato che la riapertura tanto del processo civile quanto di quello penale²⁴, a seguito di una sentenza della Corte europea che abbia ravvisato una violazione dell'art. 6 CEDU, non è un obbligo imposto dalla Convenzione²⁵. La Corte, infatti, nota che i rimedi straordinari, mediante i quali si

²⁰ M. HERTIG RANDALL, X.R. RUEDIN, *Judicial Activism and Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, p. 421 ss.; E.L. ABDELGAWAD, A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of ECtHR*, in *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 330.

²¹ U. COREA, *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, in *Judicium*, 1/2017, www.judicium.it.

²² Recommendation No. R(2000)2 of the Committee of Ministers to Member States on the Re-Examination or Reopening of Certain Cases at Domestic Level Following Judgements of the European Court of Human Rights, in www.echr.coe.int. L'auspicata riapertura si basa su due elementi obiettivi: a) che la parte continui a soffrire serie conseguenze negative a causa della sentenza nazionale, cui non è possibile porre adeguato rimedio con la *just satisfaction* accordata ex art. 41 CEDU e che non possano essere rimosse se non con la riapertura del processo; b) che la Corte europea abbia riconosciuto la sentenza domestica quale fonte di violazione degli obblighi convenzionali per ragioni sostanziali o procedurali.

²³ Come esplicitamente affermato nell'*Explanatory Memorandum* della recommendation No. R(2000)2, par. 10. La riapertura del processo civile unitamente al pagamento di una equa soddisfazione comporta tra le molte difficoltà quella di prevedere i termini entro cui il giudizio straordinario andrebbe posto, atteso che la relativa domanda se "trascritta dopo cinque anni dalla trascrizione della sentenza impugnata, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda": v. E. D'ALESSANDRO, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, p. 711.

²⁴ La premesse di ordine generale, indicate nel paragrafo, sono comuni al processo civile e penale. Infatti, sono contenute nella sentenza *Bochan c. Ucraina* (n. 2); la decisione, poi, nello stesso anno, viene richiamata dalla sentenza del 30 luglio 2015, *Yaremenko c. Ucraina* (n. 2).

²⁵ Sentenza *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), par. 52.

può chiedere la riapertura di procedimenti conclusi, normalmente non implicano una nuova decisione sulla esistenza o meno di “diritti e doveri civili” o di “ogni accusa penale”²⁶. Infatti, in un giudizio di revisione il soggetto è stato già condannato o il diritto civile accertato²⁷. Inoltre, per i giudici di Strasburgo, la mancata garanzia convenzionale di riapertura del processo civile e penale si basa sulla disomogeneità dei sistemi processuali degli Stati aderenti. Il pluralismo investe le modalità, le tempistiche, gli organi e la stessa possibilità di revisionare una sentenza passata in giudicato²⁸. La riapertura del processo, poi, non può essere ordinata dalla Corte, in quanto essa emette sentenze di accertamento della violazione²⁹. Di conseguenza, i giudici europei possono solo indicare che un nuovo processo o la riapertura del giudizio, su richiesta dell’interessato, costituiscono in linea di principio un mezzo adeguato per porre rimedio alla violazione constatata, ossia la forma più consona di *restitutio in integrum*³⁰. L’indicazione fornita, quindi, non è vincolante per lo Stato, che resta pur sempre libero di scegliere i mezzi più adeguati per giungere alla completa riparazione³¹. Cioché la riapertura o il nuovo processo costituirà una mera eventualità nel novero degli strumenti concretamente utilizzabili per dare attuazione alla sentenza.

5. Nel sistema di diritto processuale civile, sulla base delle precisazioni elaborate a livello internazionale, si può affermare come la necessità del giudizio di revisione sia, in realtà, un falso problema, se si presta attenzione a due elementi: l’equa soddisfazione e la procedura che la Corte segue per valutare la rispondenza del giudizio di revisione alla CEDU.

Sotto il primo aspetto si osserva che, molto spesso, la conformità alla CEDU viene ripristinata dalla stessa Corte, tramite l’equa soddisfazione. La condanna

²⁶ Art. 6 CEDU: “Ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata (...) da un tribunale (...) il quale sia chiamato a pronunciarsi (...) sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti”.

²⁷ Sentenze *Yaremenko c. Ucraina* (n. 2), par. 52; *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), par. 60; *Bochan c. Ucraina* (n. 2), paragrafi 44-50. B.I. BONAFÈ, *La Corte europea dei diritti dell’uomo e la giurisdizione universale in materia civile*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 1100.

²⁸ Per l’analisi dei vari sistemi di revisione negli Stati aderenti, riguardanti il processo penale, v. la sentenza *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), paragrafi 34-39 e 53. In riferimento al processo civile, v. la sentenza *Bochan c. Ucraina* (n. 2), paragrafi 26-27 e 57.

²⁹ Sentenza del 22 febbraio 2018, *Drassich c. Italia*, par. 48.

³⁰ Sentenze del 30 giugno 2009 (Grande Camera), *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera* (n. 2), par. 89; e *Drassich c. Italia*, paragrafi 49-50.

³¹ Sentenza del 27 aprile 2006, *Sannino c. Italia*, paragrafi 68 e 70. La Corte europea ha anche precisato che la natura della violazione accertata può non lasciare alcuna scelta reale in merito alle misure necessarie per porvi rimedio. È la Corte stessa, quindi, che indica allo Stato quale misura adottare, ordinando: la restituzione del terreno o di un edificio espropriati (sentenze del 23 gennaio 2001, *Brumarescu c. Romania*, par. 22; e del 26 luglio 2007, *Hirschhorn c. Romania*, par. 114); il rilascio di una persona (sentenza dell’8 aprile 2004 (Grande Camera), *Assanidze c. Georgia*, par. 203); il risarcimento di qualsiasi danno passato o futuro derivate da una punizione disciplinare (sentenza del 17 febbraio 2004, *Maestri c. Italia*, par. 47); l’interruzione della detenzione in custodia cautelare e la sua sostituzione con un’altra ragionevole e meno rigorosa, o con una combinazione di tali misure (sentenza del 22 dicembre 2008, *Aleksanyan c. Russia*, par. 239); l’apertura di una nuova indagine penale (sentenza del 2 dicembre 2010, *Abuyeva e altri c. Russia*, par. 243) o la chiusura di un’inchiesta pendente (sentenza del 23 ottobre 2012, *Nihayet Arici e altri c. Turchia*, par. 176); il reintegro di una persona nelle funzioni statali (sentenza del 9 gennaio 2013, *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, par. 208). A. CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Bari, 2018, p. 96 ss.

dello Stato al pagamento della somma di denaro finisce, così, per escludere il danno arrecato dalla sentenza interna definitiva. L'elusione della forza di *res iudicata* si verifica, in particolare, ove il *quantum* dell'equa soddisfazione sia parametrato al bene della vita negato dall'autorità nazionale. Nel caso *Dangeville*³², la Corte ha sanzionato la lesione della Convenzione da parte dell'amministrazione francese che, in violazione di una direttiva dell'UE non trasposta, aveva riscosso l'IVA da una società che, invece, doveva esserne esentata. La violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale, relativo alla protezione della proprietà, è stata fatta valere in virtù del fatto che il Consiglio di Stato francese aveva respinto il ricorso dell'impresa, basandosi su precedenti decisioni di rigetto. I giudici europei, irrogando allo Stato una sanzione parametrata all'IVA versata e non dovuta, hanno di fatto ottenuto un risultato analogo alla rimozione del giudicato, che dunque viene aggirato e svuotato di contenuto.

La sostanziale "sterilizzazione" degli effetti del giudicato emerge, ancor più con evidenza, in caso di condanna dello Stato all'equa soddisfazione sotto forma di risarcimento in forma specifica. Nella vicenda *Pchelintseva*³³ la ricorrente, acquirente in buona fede, veniva espropriata del proprio appartamento senza alcun risarcimento. La privazione si basava sulla sentenza del giudice di ultimo grado, che accoglieva le istanze della pubblica amministrazione di annullamento dell'acquisto a titolo particolare del diritto di proprietà. La Corte, affermando la violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale sul diritto di proprietà, accordava l'equa soddisfazione, ordinando allo Stato convenuto la restituzione dello stesso appartamento sottratto oppure la fornitura di un'altra abitazione, qualora il primo fosse stato alienato dall'amministrazione ad altri soggetti.

L'equa soddisfazione permette, poi, di supplire a situazioni paradossali a cui potrebbe giungere la difesa ostinata del principio del giudicato nel processo civile. Paradigmatico il caso *Paraskevopoulos*³⁴. Il ricorrente, nel 2011, con sentenza passata in giudicato, veniva condannato, dal giudice penale, per aver diffamato a mezzo stampa un politico locale. Nella pendenza del predetto processo, il ricorrente, in sede civile, veniva condannato definitivamente, nel 2008, al risarcimento dei danni subiti dalla parte ingiuriata e liquidati in euro 7.500. Il ricorrente si rivolgeva alla Corte europea, lamentando che la sentenza penale aveva violato il suo diritto alla libertà di espressione garantito dall'art. 10 CEDU. Chiedeva, quindi, il ristoro dei danni patrimoniali, consistenti nella somma che aveva pagato alla parte ingiuriata, in esecuzione della sentenza civile. La Corte, nonostante avesse accolto le doglianze in merito alla violazione del diritto di espressione, ha negato però il risarcimento

³² Sentenza del 16 aprile 2002, *Dangeville c. Francia*; v. anche la sentenza del 22 luglio 2003, *Cabinet de Diot c. Francia*. Analogamente è avvenuto nei casi espropriazione indiretta del diritto di proprietà, che si verifica quando una pubblica amministrazione procede alla costruzione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, senza un previo formale provvedimento di espropriazione e senza versare alcun indennizzo al privato. In considerazione del fatto che la riconsegna del terreno non può essere effettuata, a causa dell'opera pubblica su di esso costruita, la Corte accorda ai proprietari un'indennità corrispondente al valore reale ed integrale dei terreni: cfr. le sentenze del 22 dicembre 2009 (*Grande Camera*), *Guiso Gallisay c. Italia*, paragrafi 98-107; del 25 novembre 2014, *Maiorano e Serafini c. Italia*; e del 9 febbraio 2017, *Messana c. Italia*.

³³ Sentenza del 24 aprile 2017, *Pchelintseva e altri c. Russia*; v. anche la sentenza *Gladysheva c. Russia*.

³⁴ Sentenza del 28 giugno 2018, *Paraskevopoulos c. Grecia*.

del danno. E lo ha fatto con una motivazione che lascia invero perplessi: “(...) nota che il danno patrimoniale rivendicato dal richiedente deriva da procedimenti distinti, vale a dire, dal procedimento civile (...), che, tuttavia, non è l’oggetto della presente causa (...) la Corte non discerne alcun nesso di causalità tra la violazione riscontrata e il danno patrimoniale lamentato.” La Corte, evidentemente consapevole di essere incorsa nella lesione al diritto di proprietà, alla presunzione di innocenza e all’accesso ad un giudice, (con “rassegnazione”) conclude: “[d]’altra parte, assegna al richiedente euro 7.000 per danni non patrimoniali”. I giudici di Strasburgo, disponendo una somma quasi identica al valore del danno subito in sede civile, finiscono di fatto per equiparare il danno non patrimoniale a quello patrimoniale. In altri termini l’equa riparazione evita le conseguenze pregiudizievoli della mancata riapertura del processo civile, ed eludendo il giudicato *ivi* formatosi, si conferma lo strumento principe per riparare alla violazione della norma convenzionale.

La non utilità di un giudizio di revisione emerge anche dall’*iter* procedurale che la Corte segue per valutarne la conformità alla CEDU³⁵. Le perplessità scaturiscono dal criterio che viene utilizzato per individuare l’organo sovranazionale deputato alla verifica. La riapertura del processo, infatti, essendo un rimedio che lo Stato predispone per adeguarsi alla sentenza della Corte, è sottoposta al controllo del Comitato dei ministri. Ciononostante, la Corte avoca a sé tale competenza, qualora la misura adottata dallo Stato sollevi un “nuovo problema”, non deciso con la prima sentenza³⁶. Ma è proprio la determinazione del “fatto nuovo”, per stessa ammissione della Corte, che risulta spesso non agevole, in quanto dipende dalle circostanze del caso concreto. Né, aggiunge la Corte, alcuna precisa ed univoca indicazione, al riguardo, può essere desunta dai propri precedenti³⁷.

6. La giurisprudenza europea indica, in realtà, che l’interesse del terzo, richiamato dalla Consulta, costituisce un argomento, tutto sommato, debole per sostenere il divieto di riapertura del processo civile.

In riferimento al giudicato amministrativo si è osservato che il problema dei terzi controinteressati si attenua, poiché la sentenza del giudice europeo, sulla base dell’art. 46 CEDU, “è opponibile all’ente pubblico interessato al mantenimento del giudicato amministrativo”³⁸.

Non rappresenta, poi, una questione irrisolvibile la presenza di un terzo, qualora si versi in una lite giudiziaria tra due soggetti privati (conclusasi a favore di uno ed

³⁵ Meno confortante è, altresì, il giudizio che la Corte può esprimere sulla conformità alla CEDU del processo di revisione: cfr. la sentenza del 6 settembre 2018, *Kontalexis c. Grecia* (n. 2), par. 59, ove si respinge l’asserita violazione dell’art. 6, in quanto il rifiuto della Corte di cassazione di riaprire il processo si fondava sulla corretta interpretazione della sentenza della Corte europea. Analogamente nel caso *Yaremko c. Ucraina* (n. 2), non si rinviene la violazione della norma pattizia, poiché il tribunale di ultima istanza, nel giudizio di revisione, aveva applicato correttamente la precedente sentenza della Corte. Il giudice nazionale, infatti, da un lato, aveva escluso la confessione (resa dal ricorrente in assenza del suo avvocato) dal materiale probatorio su cui si fondava la condanna. Dall’altro lato, però, aveva rivalutato il resto delle prove, concludendo così che la condanna del ricorrente era legittima. In entrambi i casi, pertanto, la decisione domestica rimane immutata. Di conseguenza il ricorrente ha sempre perso il bene della vita.

³⁶ Sentenza *Moreira Ferreira* (n. 2), paragrafi 61-63.

³⁷ Sentenze *Bochan c. Ucraina* (n. 2), par. 34; e *Moreira Ferreira* (n. 2), par. 47.

³⁸ C. PADULA, *La Corte EDU e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta online*, 2016, n. 2, www.giurcost.it, p. 326.

a scapito dell'altro). Il terzo in buona fede (che non è stato parte del giudizio interno tra lo Stato ed il ricorrente alla Corte europea), infatti, potrà tutelarsi rivolgendosi allo Stato per essere risarcito della perdita subita. Il danno gli deriva pur sempre da un errore giudiziario (la violazione della Convenzione), accertato dalla successiva decisione della Corte europea e in seguito rimosso con il mezzo straordinario d'impugnazione. In Italia³⁹, ad esempio, chiunque ha diritto di essere risarcito quando ha subito un danno ingiusto per effetto di un provvedimento giudiziario emesso in "violazione manifesta di legge" (c.d. colpa grave). La responsabilità del magistrato potrebbe rinvenirsi nella inosservanza, e dunque nella violazione, delle sentenze rese dalla Corte, le quali producono effetti al di là del singolo caso deciso⁴⁰. Anzi, come ha chiarito la Grande Camera, ogni singola sentenza ha "carattere vincolante" *inter partes* e "autorità interpretativa" *erga omnes*⁴¹. La Corte sembra, quindi, enfatizzare ancora di più il proprio ruolo di giudice costituzionale, con la conseguenza che la posizione del singolo e, di riflesso, del terzo, seppure importante, passa in secondo piano, attesa la primaria necessità dei giudici europei di stabilire *standard* minimi di protezione per tutti gli Stati contraenti⁴².

La scarsa rilevanza, almeno dal punto di vista pratico, dell'interesse del terzo emerge, anche, laddove si prenda in esame la regola del previo esaurimento dei rimedi interni⁴³. Il Giudice europeo ha affermato che la violazione della norma convenzionale può dirsi certa solo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza del giudice di ultimo grado⁴⁴. Di conseguenza, il bene della vita controverso risulterà attribuito definitivamente alla parte solo da tale data. Considerando, poi, che il soggetto soccombente in ultimo grado ha sei mesi di tempo per ricorrere alla Corte di Strasburgo, si può ragionevolmente affermare che l'interesse del terzo non può sicuramente dirsi consacrato in modo immutabile, solo per il formarsi del giudicato nazionale. Sul punto, inoltre, occorre tenere in considerazione che, molto spesso, lo Stato viene sanzionato per una tipologia di violazione pacificamente acclarata da una giurisprudenza costante della Corte. Il terzo, pertanto, perderà il bene a fronte del giudizio di revisione, il cui esito in considerazione della giurisprudenza granitica della Corte europea poteva dirsi prevedibile. Anzi un orientamento costante della Corte europea non può certo giustificare la buona fede del terzo.

³⁹ Legge 13 aprile 1988, n. 117.

⁴⁰ La Corte europea ha ripetutamente affermato (a partire dalla sentenza 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*) che l'interpretazione espressa dalla medesima, nelle singole controversie, serve non solo a decidere i casi specifici sottoposti al suo giudizio, ma anche a chiarire e sviluppare le disposizioni convenzionali. La Corte nella sua giurisprudenza ha, in diverse occasioni, censurato l'operato di giudici dello Stato convenuto, i quali non avevano tenuto conto di quanto da essa già deciso in fattispecie analoghe (tra le prime pronunce in tal senso: sentenze del 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgio*; e del 22 aprile 1993, *Modinos c. Cipro*). Non va dimenticato, poi, che sebbene sia compito delle corti interne interpretare e applicare la legge nazionale, la Corte qualora consideri tale interpretazione arbitraria può sostituirla con la propria (sentenza 21 giugno 2011, *Orlić c. Croazia*, par. 61).

⁴¹ Sentenza *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, par. 252.

⁴² S. GREER, L. WILDHABER, *Revisiting the Debate About "Constitutionalising" the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2012, p. 686.

⁴³ Sul c.d. principio di *subsidiarity*, da ultimo v. F. DE SANTIS DI NICOLA, *Principle of Subsidiarity and "Embeddedness" of the European Convention on Human Rights in the Field of the Reasonable Time Requirement: The Italian Case*, in *Jurisprudence*, 2011, n. 18, pp. 8-9.

⁴⁴ Sentenza *Maiorano e Serafini c. Italia*, par. 44.

La necessità di tutelare l'interesse del terzo si ridimensiona e si attenua fortemente, anche perché, molto spesso, viene richiamato solamente in astratto. Il Comitato dei Ministri, infatti, ha posto solo come ipotetica la lesione del terzo che abbia acquisito diritti in buona fede. Suggerisce, quindi, di ovviare al problema tramite il ricorso, in via analogica, a quelle garanzie interne che consentono la revisione del processo, per motivi diversi dalla sopravvenuta sentenza del Giudice europeo⁴⁵. Nel nostro ordinamento, ad esempio, potrebbe utilizzarsi il rimedio dell'opposizione di terzo di cui all'art. 404 c.p.c. La stessa Corte, d'altro canto, non verifica mai la concreta incidenza di tale interesse sulla riapertura del processo. Ne segue che la sfera giuridica del terzo non può, di norma, ostacolare la *restitutio in integrum*.

Si osservi che nel caso *Bochan*⁴⁶ la Corte pone due premesse di ordine generale. Si ribadisce che la riapertura del processo, per conformarsi alla decisione europea, non dovrebbe turbare i principi di *res iudicata* o della certezza del diritto nei giudizi civili, in particolare quando tale contenzioso riguarda i terzi con i loro interessi da proteggere (par. 57). Si afferma, però, che tale rispetto non dovrebbe sminuire l'importanza di procedure interne che, consentendo la revisione del giudizio, garantiscono l'efficacia della Convenzione (par. 58). Il secondo assunto della Corte viene dalla medesima in qualche modo preferito, in concreto, con l'effetto di alleggerire le preoccupazioni di tutela dell'interesse del terzo. Infatti, il Giudice europeo accorda l'equa soddisfazione, per risarcire il pregiudizio morale subito. Il danno viene ravvisato nel fatto che l'illegittimo giudizio di revisione aveva frustrato la possibilità della ricorrente di ottenere un riesame del suo diritto di proprietà, alla luce della precedente sentenza europea⁴⁷. Per calcolare la somma dell'equa riparazione, la Corte ritiene, invece, non appropriato valutare se, nell'ordinamento interno, sia esperibile un'ulteriore azione per la tutela del diritto di proprietà della ricorrente. Una nuova azione, infatti, potrebbe generare possibili conflitti sia con il giudicato sceso sulla sentenza revisionata sia con gli interessi di terze parti (par. 72). Emerge chiaramente come le situazioni giuridiche soggettive dei terzi sono semplicemente supposte come esistenti, rimanendo di fatto indimostrate e non processualmente accertate in concreto. Nel diritto internazionale, infatti, vige il principio di effettività, in base al quale solo le pretese e le situazioni effettive, ossia concrete e solidamente costituite nella realtà, acquistano rilevanza giuridica.

Una osservazione va, infine, rivolta all'auspicio della Consulta di un intervento sistematico del terzo (parte nella vertenza domestica) nel giudizio davanti alla Corte europea⁴⁸, per consentire la riapertura del processo civile⁴⁹. L'ipotesi prospettata dissimula la piena consapevolezza della Corte costituzionale stessa circa la fragilità della causa giustificativa del diniego del giudizio di revisione. Sarebbe davvero ingenuo credere che l'Alta giurisdizione non sappia che il terzo interviene

⁴⁵ Recommendation No. R(2000)2, par. 15.

⁴⁶ Sentenza *Bochan c. Ucraina* (n. 2). La valenza meramente ipotetica dell'interesse del terzo è comune anche a vicende non legate al problema di revisione del processo (civile), come ad esempio nel caso di violazione dell'art. 8 CEDU: v. sentenza *Gladysheva c. Russia*, par. 106.

⁴⁷ Sentenza del 6 settembre 2018, *Dimitar Yordanov c. Bulgaria*, par. 48.

⁴⁸ Critica anche C. NARDOCCI, *L'esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato amministrativo e civile. L'orientamento della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 18/2018.

⁴⁹ L'intervento del terzo nel giudizio convenzionale è stato in precedenza suggerito dalla dottrina: cfr. V. SCARABBA, *La riapertura del giudicato a seguito di sentenze della Corte di Strasburgo: il ruolo della comparazione*, in *Europeanrights Newsletter*, 2014, europeanrights.eu, p. 12.

generalmente come *amicus curiae*, fornendo cioè alla Corte europea prospettive di diritto comparato, di diritto internazionale o, infine, informazioni scientifiche, sulle questioni di diritto da affrontare. Il terzo, quindi, tende ad astenersi dall'esprimere un giudizio sul merito della questione sottoposta alla Corte⁵⁰.

In sintesi, la clausola limitativa della riapertura del processo civile, confezionata con eleganza stilistica come tutela del terzo, nasconde in realtà la preoccupazione della Corte di evitare che lo Stato contraente subisca una sconfitta in termini monetari su un duplice fronte: internazionale con la vittima (il ricorrente alla Corte europea) ed interno con il terzo.

7. Le conclusioni che possiamo trarre non sono affatto confortanti. In generale emerge una forte tensione istituzionale tra la Corte europea e i giudici nazionali. I giudici di Strasburgo hanno imposto una lettura quasi "federale" della Convenzione: basta una sola loro sentenza per fissarne l'interpretazione e, dunque, il principio di diritto che dovrebbe essere applicato dai tribunali interni, nella controversia che gli stessi devono dirimere. Inoltre, l'erronea lettura di una sola sentenza della Corte trasforma la medesima in un giudice quasi di "quarto grado", potendo la stessa, finanche, rivalutare le prove del giudizio interno⁵¹. La Corte costituzionale, invece, richiede ancora una volta un orientamento consolidato della giurisprudenza sovranazionale per vincolare il giudice comune.

Se queste sono le premesse sarà interessante notare, nella prassi, quali benefici potrà apportare il Protocollo n. 16 della CEDU in vigore dal 1° agosto 2018. Infatti, la Grande Camera può emettere un parere consultivo non vincolante, su richiesta di un'alta autorità giurisdizionale dello Stato⁵². Il quesito deve trarre origine da una controversia pendente davanti a tale giudice e l'interpretazione della CEDU e/o dei suoi Protocolli deve essere necessaria per decidere la controversia innanzi ad esso⁵³. L'istituto ha lo scopo dichiarato di permettere alla "Corte di interagire maggiormente con le autorità nazionali consolidando in tal modo l'attuazione della Convenzione". Si vedrà se vi sarà reale interazione o piuttosto semplici monologhi.

Si cristallizza, altresì, una sorta di "commercializzazione" dei diritti umani. La riapertura del processo per dare ingresso ad una sopravvenuta sentenza della Corte, che accerti la violazione da parte del giudicato interno, è solo un invito. L'equa

⁵⁰ N. BÜRLI, *Third-Party Interventions Before the European Court of Human Rights*, Cambridge, 2017.

⁵¹ Sentenza *Dimitar Yordanov c. Bulgaria*, par. 47: "The Court has said on numerous occasions that it is not called upon to deal with errors of fact or law allegedly committed by the national courts, as it is not a court of fourth instance, and that it is not called upon to reassess the national courts' findings, provided that they are based on a reasonable assessment of the evidence (...). Thus, issues such as the weight attached by the national courts to given items of evidence or to findings or assessments submitted to them for consideration are not normally for the Court to review (see *Bochan v. Ukraine* (no. 2) (...) and *Moreira Ferreira v. Portugal* (no. 2) (...)). par. 48. Nevertheless, the Court may entertain a fresh assessment of evidence where the decisions reached by the national courts can be regarded as arbitrary or manifestly unreasonable (...) Thus, for instance, (...), the Court found a violation of the right to a fair trial (...). In *Bochan* (no. 2) (...) cited above, par. 63-65), the Supreme Court had so 'grossly misinterpreted' a legal text (an earlier judgment of the Court) that its reasoning could not be seen merely as a different reading of that text but was 'grossly arbitrary' or entailing a 'denial of justice'".

⁵² La relazione esplicativa è in www.echr.coe.int.

⁵³ *Ivi* le linee guida del Protocollo.

soddisfazione diventa, così, la moneta di scambio per permettere allo Stato di mantenere la violazione dei diritti umani e, al contempo, il principio della *res judicata*.

L'unica nota positiva, da riscontrare, è la fermezza della Corte costituzionale nel pretendere un intervento legislativo al fine di dare una compiuta regolazione alla riapertura del processo. In tal modo, potranno essere adottati tutti gli strumenti effettivamente rispondenti ad una esaustiva ponderazione degli interessi contrapposti. Risultato, sicuramente, irraggiungibile in via ermeneutica.

Abstract

The Value of Final and Binding Decision in Civil Proceeding and the Respect for Human Rights

The Constitutional Court has dismissed the claim for unconstitutionality of Article 395 of civil procedural code. As a consequence, a final and binding decision, contrary to the ECHR, does not have to be revoked in order to comply with the subsequent ruling by the European Court, which holds the breach of the Convention itself. From the Constitutional Court's point of view, the lack of a procedural remedy for reopening the aforesaid proceeding, is based on the protection of interests of the third party (who is such because he or she is not allowed to take part in the judgement before the European Court). However, the Court's reasoning seems not to be correct. In fact, this interest is practically non-existent, hypothetical or greatly diminished. Furthermore, the Court underestimates the importance of the principle of *restitutio in integrum* contained into the Convention, by which, moreover, the Court stated the review of the criminal trial. Thus, the just satisfaction becomes the only alternative remedy in order to avoid the reopening of a terminated civil proceeding, but, at the same time, it legalizes a permanent breach of the Convention.

Claudia Candelmo*

La sentenza *Achmea*, un anno dopo: l'impatto sull'ordinamento europeo e il futuro degli *intra-EU BITs*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti all'origine della domanda di pronuncia pregiudiziale e le conclusioni della Corte. – 3. Riflessioni critiche: l'impatto della sentenza sulla portata degli articoli 267 e 344 TFUE. – 4. Profili di diritto internazionale generale e il futuro dei trattati bilaterali di investimento. – 5. Quali ripercussioni sugli accordi internazionali dell'Unione europea? – 6. Riflessioni conclusive.

1. Il 6 marzo 2018, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha adottato la sentenza relativa alla domanda di pronuncia pregiudiziale operata dal giudice tedesco, nel caso *Slowakische Republik c. Achmea BV*¹. In essa, è stata accertata l'incompatibilità dell'art. 8 del Trattato bilaterale d'investimento (d'ora in avanti, TBI) concluso nel 1991 tra il Regno dei Paesi Bassi e l'allora Repubblica federale ceca e slovacca, per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti, con talune disposizioni del TFUE. Come ricordato dall'Avvocato generale Wathelet², si è trattato della prima occasione³ in cui la Corte ha avuto l'opportunità di esprimersi sulla questione della compatibilità di trattati del genere conclusi tra Stati membri, e dei

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nella LUISS "Guido Carli" di Roma.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*. Per un approfondimento sulla sentenza, si vedano B. ARP, *Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea B.V. Case C-284-16. Request for a Preliminary Ruling under Article 267 TFEU from the German Federal Court of Justice*, in *The American Journal of International Law*, 2018, p. 466 ss.; M.R. CALAMITA, *Sulla incompatibilità della "clausola ISDS" degli "intra-EU" BITs con il diritto dell'Unione europea: il caso Achmea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2018, p. 467 ss.; N. DE SADELEER, *The End of the Game: The Autonomy of the EU Legal Order Opposes Arbitral Tribunals under Bilateral Investment Treaties Concluded between Two Member States*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2018, p. 355 ss.; M.Y. LAHOVAZI, *L'arrêt Achmea ou les dissonances entre l'arbitrage d'investissement et le droit de l'Union européenne*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2018, p. 217 ss.; E. LANOTTE, *Arrêt "Achmea": une décision de principe?*, in *Journal de droit européen*, 2018, p. 266 ss.; C. CONTARTESE, M. ANDENAS, *EU Autonomy and Investor-State Dispute Settlement under inter se Agreements between EU Member States: Achmea*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 157 ss.

² Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet del 19 settembre 2017, causa C-284/16, *Achmea*, punto 2.

³ Le sentenze precedenti hanno infatti avuto come oggetto esclusivamente trattati bilaterali d'investimento conclusi tra Stati membri e Stati terzi. Si vedano, tra le altre, sentenza della Corte di giustizia del 3 marzo 2009, causa C-205/06, *Commissione c. Austria*; in pari data, causa C-249/06, *Commissione c. Svezia*; e del 19 novembre 2009, causa C-118/07, *Commissione c. Finlandia*.

relativi meccanismi di risoluzione delle controversie, con il diritto dell'Unione, con particolare riferimento, nel caso in questione, agli articoli 18⁴, 267⁵ e 344⁶ TFUE. Il caso di specie riguarda un accordo che, al momento della domanda di pronuncia pregiudiziale, vigeva tra due Stati membri ma che, al tempo della sua sottoscrizione, era stato concluso tra uno Stato membro dell'Unione (il Regno dei Paesi Bassi) e uno Stato terzo (Repubblica ceca e slovacca). Sopravvenuto il 1° gennaio 1993 lo smembramento della Repubblica ceca e slovacca in due Stati, il 1° maggio 2004 la Repubblica ceca e la Repubblica slovacca hanno aderito separatamente all'Unione.

Nonostante le conclusioni dell'Avvocato generale si siano espresse in senso contrario⁷, la sentenza della Corte ha stabilito che l'interpretazione degli articoli 267 e 344 TFUE, chiamati in causa dal giudice del rinvio, osta a una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra Stati membri, in ragione della quale un investitore di uno di detti Stati membri può avviare un procedimento contro l'altro Stato membro, dinanzi a un collegio arbitrale⁸. I giudici, avendo dato risposta ai primi due quesiti, non hanno ritenuto necessario esaminare la terza questione pregiudiziale, relativa all'art. 18 TFUE⁹.

Il caso evidenzia un'interpretazione interessante delle disposizioni richiamate *supra*. Ponendo particolare enfasi sul rispetto del principio di autonomia del diritto dell'Unione¹⁰ e sul ruolo interpretativo riservato alle giurisdizioni nazionali e alla Corte di giustizia¹¹, i giudici di Lussemburgo hanno escluso *in toto* la compatibilità delle disposizioni richiamate dal giudice tedesco con la possibilità di ricorrere all'arbitrato in caso di controversia, nelle modalità enunciate dal TBI.

Tuttavia, oltre ad avere un impatto rilevante sull'interpretazione delle disposizioni di diritto dell'Unione poc'anzi richiamate, la sentenza offre anche importanti spunti di riflessione sul futuro di simili trattati conclusi tra Stati membri¹² e su alcuni profili di diritto internazionale. Inoltre, sebbene la sentenza abbia chiaramente operato fuori dal campo relativo alla valutazione della compatibilità delle clausole compromissorie

⁴ “Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni” (art. 18, par. 1, TFUE).

⁵ “La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione (...)” (art. 267, paragrafi 1 e 2, TFUE).

⁶ “Gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso” (art. 344 TFUE).

⁷ Punti 82, 131 e 272 delle conclusioni *Achmea*.

⁸ Punto 62 della sentenza *Achmea*.

⁹ *Ivi*, punto 61. Anche sotto il profilo dell'art. 18, l'Avvocato generale non aveva riscontrato alcuna incompatibilità, come emerge dalle conclusioni *Achmea*, punti 54-83, spec. punto 82.

¹⁰ Cfr., in particolare, i punti 32-33, 35, 37, 55 e 57 della sentenza *Achmea*.

¹¹ Cfr., *ivi*, i punti 35-37 e 43.

¹² Sul futuro dei trattati bilaterali d'investimento, si veda P. MARIANI, *The Future of BITs between EU Member States: Are Intra-EU BITs Compatible with the Internal Market?*, in G. SACERDOTI (ed.), *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge, 2014, p. 265 ss.

contenute negli accordi che l'Unione stipula con Stati terzi¹³ rispetto al diritto UE, non è da sottovalutare l'eventualità che essa possa orientare la posizione dei giudici di Lussemburgo nei casi a venire, specialmente alla luce della richiesta di parere formulata dal Belgio sull'accordo di libero scambio tra UE e Canada, il cui responso è atteso nei prossimi mesi. Tale domanda verte proprio sulla compatibilità tra la procedura di risoluzione delle controversie (ISDS) contenuta nell'accordo e i Trattati¹⁴, sollevando, *inter alia*, il dubbio che essa possa risultare incompatibile con la competenza esclusiva della Corte di giustizia nell'interpretazione del diritto dell'Unione¹⁵.

2. Nel 1991, l'allora Repubblica federale ceca e slovacca ha concluso un TBI con il Regno dei Paesi Bassi, per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti¹⁶. L'*Achmea BV*, già *Eureka BV*, è un'impresa facente parte di un gruppo assicurativo olandese. Nel 2004, la Repubblica slovacca, a seguito di una riforma del sistema sanitario, ha aperto il proprio mercato a operatori nazionali e stranieri che offrivano servizi di assicurazione sanitaria privata. Ciò ha consentito alla *Achmea* di costituire una società controllata in Slovacchia, fornendo così assicurazioni sanitarie private¹⁷. Tuttavia, nel 2006, il nuovo governo slovacco ha revocato parzialmente la pregressa liberalizzazione, vietando progressivamente la fornitura su territorio nazionale di alcuni servizi¹⁸, tra cui l'intervento dei mediatori di assicurazioni.

L'*Achmea* ha dunque avviato un procedimento arbitrale contro la Repubblica slovacca, ritenendo di aver subito dei danni dalle misure di restrizione implementate e lamentando che, peraltro, tali misure fossero contrarie al TBI. Le eccezioni di incompetenza del tribunale sollevate dalla Repubblica slovacca, e vertenti proprio sulla incompatibilità del procedimento previsto dall'art. 8 del TBI con il diritto dell'Unione, non sono state accolte e, con lodo arbitrale del 7 dicembre 2012¹⁹, il collegio ha condannato la Repubblica slovacca a versare un risarcimento di 22 milioni di euro²⁰. Non prevedendo il sistema arbitrale un ricorso in appello, lo Stato convenuto ha proposto un ricorso di annullamento avverso la sentenza presso il Tribunale superiore del Land di Francoforte sul Meno²¹, respinto, e poi presso la Corte federale di giustizia, presso la quale la Repubblica slovacca ha contestato la violazione delle norme di diritto dell'Unione nella decisione presa dal lodo arbitrale, sostenendo inoltre che la clausola compromissoria prevista dall'art. 8 TBI fosse contraria agli articoli 18, 267 e 344 TFUE.

Riscontrando un'incertezza, non ancora dissipata dalla Corte in altri casi, sull'interpretazione di tali disposizioni, il Tribunale ha dunque sottoposto alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale, affinché i giudici elucidassero se le norme appena menzionate ostano a una clausola arbitrale prevista da un accordo siffatto.

¹³ M.R. CALAMITA, *op. cit.*, p. 467.

¹⁴ Domanda di parere presentata dal Regno del Belgio ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 11, TFUE (Parere 1/17), del 13 ottobre 2017.

¹⁵ La domanda di parere chiede alla Corte di statuire se l'accordo in parola, nella sezione che disciplina la risoluzione di eventuali controversie tra investitori e Stati, sia compatibile con i trattati, ivi compresi i diritti fondamentali. Sul punto, si veda N. DE SADELEER, *op. cit.*, p. 358.

¹⁶ Punto 3 della sentenza *Achmea*.

¹⁷ *Ivi*, punto 7.

¹⁸ Tale restrizione è stata poi giudicata incostituzionale nel 2011, dalla Corte costituzionale slovacca.

¹⁹ Punto 11 della sentenza *Achmea*.

²⁰ *Ivi*, punto 12.

²¹ *Ibidem*.

Come accennato, la Corte si è espressa in senso positivo su due dei tre quesiti pregiudiziali, affermando che gli articoli 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra Stati membri, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri può avviare un procedimento dinanzi a un collegio arbitrale²².

I giudici non hanno ritenuto necessario pronunciarsi sulla terza questione, relativa all'eventuale violazione dell'art. 18 TFUE²³. Secondo il giudice del rinvio potrebbe sussistere una incompatibilità tra tale disposizione e l'art. 8 TBI, nella misura in cui un investitore di uno Stato contraente può avviare un procedimento dinanzi a un collegio arbitrale contro l'altro Stato contraente, mentre ciò sarebbe precluso a un altro Stato membro. Tale quesito non è stato affrontato dalla Corte²⁴, che ha giudicato incompatibile con l'ordinamento dell'Unione l'esistenza stessa del meccanismo di risoluzione delle controversie previste dal TBI.

In relazione ai rimanenti quesiti, le conclusioni dell'Avvocato generale²⁵ si erano espresse negativamente, ravvisando, in primo luogo, l'assenza di una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati²⁶, poiché il TBI non potrebbe essere considerato parte del diritto dell'Unione, né potrebbe avere in alcun modo come effetto quello di pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati e, di conseguenza, l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione²⁷. In secondo luogo, l'Avvocato generale aveva ravvisato, nella configurazione del collegio arbitrale, una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 267 TFUE²⁸.

Il ragionamento della Corte ha invece seguito un percorso differente. I giudici hanno esaminato congiuntamente le prime due questioni pregiudiziali, relative rispettivamente agli articoli 267 e 344 TFUE²⁹. Tale approccio appare ragionevole alla luce della stretta correlazione che intercorre tra le due disposizioni, laddove la prima consente alle giurisdizioni nazionali di porre un quesito pregiudiziale alla Corte e la seconda garantisce, sotto il profilo sostanziale, che alla Corte spetti l'ultima parola sull'interpretazione delle norme di diritto dell'Unione, quale garante dell'uniformità e dell'autonomia dello stesso.

I giudici hanno stabilito che, poiché, ai sensi dell'art. 8, par. 6, TBI, il collegio arbitrale deve tenere conto del diritto della parte contraente interessata e di qualsiasi accordo pertinente tra le parti³⁰, e il diritto dell'Unione deve essere considerato come parte del diritto vigente negli Stati membri³¹, il collegio arbitrale è chiamato,

²² *Ivi*, punto 62.

²³ *Ivi*, punto 61.

²⁴ Su questo aspetto cfr. S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *It Is not Just about Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, Achmea BV*, in *European Papers*, 2018, p. 357 ss., spec. pp. 367-368.

²⁵ Sul punto, si veda G. CILIBERTO, *Intra-EU BITS' Arbitration Clause and EU Law: the Countdown for the CJEU's Final Say*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 217 ss.

²⁶ Punti 160-173 delle conclusioni *Achmea*, in particolare punto 167.

²⁷ *Ivi*, punto 237.

²⁸ *Ivi*, punto 131.

²⁹ Punto 31 della sentenza *Achmea*.

³⁰ *Ivi*, punto 40, nonché l'art. 13, par. 6, TBI che afferma: “[t]he arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: the law in force of the Contracting Party concerned; the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties; the provisions of special agreements relating to the investment; the general principles of international law”.

³¹ Punto 41 della sentenza *Achmea*.

ove necessario, a interpretare o applicare il diritto dell'Unione³². Tuttavia, ciò non sarebbe ancora incompatibile con le disposizioni dei Trattati, qualora il collegio arbitrale fosse considerato come una giurisdizione nazionale e, dunque, potesse, in caso di dubbio, sottoporre una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte, ai sensi del richiamato art. 267 TFUE.

Ebbene, i giudici si sono espressi in senso negativo affermando che tale giurisdizione ha carattere “derogatorio”³³ rispetto agli ordinamenti nazionali e non è assimilabile neppure a una giurisdizione comune agli Stati membri³⁴.

Se, dunque, i tribunali arbitrali costituiti ai sensi del TBI non sono assimilabili a una giurisdizione nazionale e, pertanto, non sono idonei a sottoporre ai giudici di Lussemburgo una domanda di pronuncia pregiudiziale come invece possono fare le giurisdizioni che soddisfano i requisiti previsti dall'art. 267 TFUE, la loro attività potrebbe pregiudicare l'autonomia e l'uniformità interpretativa del diritto dell'Unione. I giudici hanno ritenuto inoltre che tale eventualità potrebbe finanche rimettere in discussione il principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri³⁵ e di leale cooperazione tra Stati membri e Unione, poiché la possibilità di sottoporre le controversie a un organismo che non fa parte del sistema giurisdizionale dell'Unione viene previsto precisamente da un accordo concluso solo tra Stati membri e non dall'Unione³⁶.

Anche in relazione a questo specifico quesito, le conclusioni dell'Avvocato generale erano state differenti, poiché egli aveva rintracciato, nel carattere di permanenza dei collegi arbitrali costituiti conformemente all'art. 8 del TBI³⁷, nonché nel loro fondamento legale e nell'obbligatorietà della giurisdizione del collegio arbitrale³⁸, come enunciati dalla precedente giurisprudenza della Corte³⁹, gli elementi costitutivi idonei a rendere il collegio arbitrale una giurisdizione degli Stati membri, ai sensi dei Trattati. Tali conclusioni non sono state tuttavia accolte dal giudice di Lussemburgo. In ragione del (breve) esame condotto, la Corte ha infatti rigettato l'ipotesi di configurare il tribunale arbitrale come una giurisdizione degli Stati membri.

3. Il responso dei giudici di Lussemburgo è suscettibile di influenzare la portata delle disposizioni in esso interpretate, ben oltre la sentenza *Achmea* e sotto diversi profili.

Partendo da premesse essenzialmente consolidate nella giurisprudenza, tra cui la natura peculiare dell'ordinamento dell'Unione che ne garantisce il primato sul diritto degli Stati membri⁴⁰ e l'autonomia rispetto agli ordinamenti di quest'ultimi⁴¹, nel caso in esame la Corte sembra irrigidire le proprie posizioni. Da tale interpretazione emerge pienamente l'intento di tutelare, da un lato, la totale autonomia del

³² *Ivi*, punto 42.

³³ *Ivi*, punto 45.

³⁴ *Ivi*, punti 47-48.

³⁵ *Ivi*, punto 58.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Punto 109 delle conclusioni *Achmea*.

³⁸ *Ivi*, punti 96 e 119.

³⁹ In particolare, si vedano: sentenza della Corte del 23 marzo 1982, causa 102/81, *Nordsee*; ordinanza della Corte del 13 febbraio 2014, causa C-555/13, *Merck Canada*; sentenza della Corte del 12 giugno 2014, causa C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*.

⁴⁰ Sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*.

⁴¹ Punto 33 della sentenza *Achmea*, che conferma una già consolidata giurisprudenza a partire dalla nota sentenza della Corte del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*.

diritto dell'Unione e, dall'altro, il ruolo esclusivo della Corte nell'interpretazione e applicazione dei Trattati, affiancata dagli Stati membri⁴².

Un primo spunto di riflessione sotto questo profilo emerge nel momento in cui la Corte afferma che il collegio arbitrale può essere chiamato a interpretare il diritto dell'Unione quando decide su una controversia tra i due Stati parti del TBI⁴³.

Secondo quanto previsto dall'art. 8 TBI, il collegio arbitrale può essere chiamato a pronunciarsi su una violazione dell'accordo, e a tenere conto del diritto della parte interessata, nonché di altri accordi pertinenti tra le parti contraenti. In tal senso, la Corte afferma che il diritto dell'Unione deve essere considerato come "facente parte del diritto in vigore in ogni Stato membro e in quanto derivante da un accordo internazionale tra gli Stati Membri"⁴⁴. Da questa conclusione, la Corte fa discendere anche l'impossibilità che la soluzione arbitrale prevista dal TBI possa risultare compatibile con il sistema dell'Unione.

La Corte aveva già avuto modo di affermare, nel caso relativo allo *Stabilimento Mox*⁴⁵, che le controversie nascenti da accordi internazionali possono consistere (anche) nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione. Tuttavia, si trattava per l'appunto di accordi internazionali in cui una delle parti contraenti era proprio l'Unione, trovandosi la Corte a statuire su un accordo misto, contratto in un'area di competenza condivisa tra UE e Stati membri, che l'Unione aveva esercitato precisamente aderendo all'accordo in questione⁴⁶.

Peraltro, la decisione in parola non sembrava implicare che fosse incompatibile con il diritto dell'Unione una competenza dei tribunali arbitrali a giudicare anche in caso di controversie che non riguardano l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione⁴⁷. La Corte, infatti, aveva ravvisato l'esistenza di una controversia concernente il diritto dell'Unione⁴⁸, in ragione del fatto che l'accordo era esso stesso parte del diritto dell'Unione. Era rinvenibile, dunque, esclusivamente un comprensibile divieto di esercitare l'attività arbitrale precisamente su controversie riguardanti il diritto dell'Unione⁴⁹.

Medesima conclusione era stata raggiunta dalla Corte anche in tempi più recenti, nel parere⁵⁰ reso relativamente all'adesione dell'UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), ove la Corte aveva ribadito l'assoluta incompatibilità di un accordo internazionale che avesse come risultato quello di pregiudicare l'ordi-

⁴² Ai sensi di quanto previsto dall'art. 19 TUE. Cfr. punto 36 della sentenza *Achmea*.

⁴³ Punto 42 della sentenza *Achmea*.

⁴⁴ *Ivi*, punto 41.

⁴⁵ Sentenza della Corte del 30 maggio 2006, causa C-459/03, *Commissione delle Comunità europee c. Irlanda*.

⁴⁶ *Ivi*, punti 126-127, ove tuttavia la Corte specifica che: "le disposizioni della Convenzione che rilevano nella controversia (...) rientrano in una competenza della Comunità *che essa ha esercitato aderendo alla Convenzione*, cosicché tali disposizioni formano parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario" (punto 126, corsivo aggiunto).

⁴⁷ F. WEISS, S. STEINER, *The Investment Regime under Article 207 of the TFEU – A Legal Conundrum: The Scope of 'Foreign Direct Investment' and the Future of Intra-EU BITs*, in F. BAETENS (ed.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, Cambridge, 2016, p. 355 ss., spec. p. 368.

⁴⁸ *Commissione delle Comunità europee c. Irlanda*, punto 128, nella misura in cui i giudici chiariscono che "nella fattispecie si è *effettivamente* di fronte ad una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione del Trattato CE, nel senso dell'art. 292 CE" (corsivo aggiunto).

⁴⁹ *Ivi*, punti 126-139.

⁵⁰ Parere 2/13 della Corte del 18 dicembre 2014.

namento delle competenze stabilito dai Trattati e l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, così come garantito dall'art. 344 TFUE⁵¹ e, chiaramente, dalla competenza esclusiva assegnata alla Corte⁵² in tal senso.

Oggetto della sentenza *Achmea*, invece, è un accordo di natura bilaterale, che non vede quale parte contraente l'Unione, bensì due Stati membri e non fa dunque parte del diritto dell'Unione⁵³. Tuttavia, la Corte non valuta questo aspetto, ma conduce un'analisi di natura più generale e legata solo all'eventualità che il tribunale arbitrale possa trovarsi a interpretare il diritto dell'Unione.

Nello specifico, i giudici non affermano che la clausola compromissoria dell'accordo in esame è incompatibile con il diritto UE perché il collegio arbitrale e giudicante *sicuramente* sarà chiamato a interpretare il diritto dell'Unione. Essi sostengono che *potenzialmente*, poiché (in via residuale) il tribunale arbitrale può tenere conto del diritto applicabile negli Stati membri, incluso il diritto UE, e può essere chiamato ad applicarlo⁵⁴, la clausola compromissoria deve essere ritenuta incompatibile *in toto* con le disposizioni pertinenti del TFUE. La Corte, tuttavia, non offre ulteriori elementi sul perché la mera esistenza di tale metodo di risoluzione delle controversie sia tale da inficiare l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, anche nei casi in cui il tribunale non sia chiamato a statuire su questioni relative al diritto dell'Unione⁵⁵. Anzi, il giudizio della Corte, oltre a porsi in radicale contrasto con le conclusioni dell'Avvocato generale, appare limitato a pochissimi paragrafi⁵⁶ e non sembra esplicitare le ragioni di tale interpretazione, elemento che sarebbe stato auspicabile data l'assoluta novità della pronuncia nel campo dei trattati bilaterali di investimento tra due Stati membri.

Un secondo punto relativo all'interpretazione dell'art. 344 riguarda la portata della disposizione e la sua applicabilità alle controversie che contrappongono investitori privati e Stati membri. Tale ipotesi era stata essenzialmente scartata dal giudice remittente, il quale aveva sostenuto l'inapplicabilità della disposizione in oggetto alle controversie che prevedano la contrapposizione di uno Stato a un privato ma anche la necessità di rinviare il quesito alla Corte, poiché mancava una statuizione dei giudici di Lussemburgo sul punto. La Corte, ancora una volta, pur non spiegando le ragioni che la conducono ad affermare il contrario, implicitamente

⁵¹ *Ivi*, punto 201. Su questo aspetto, si veda, inoltre P. IANNUCELLI, *L'articolo 344 TFUE e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: la Corte di giustizia verso un vicolo cieco?*, in *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 397 ss.

⁵² Punto 210 del parere 2/13: "(...) l'articolo 344 TFUE mira precisamente a preservare il carattere esclusivo delle modalità di composizione di tali controversie all'interno dell'Unione, e segnatamente l'esclusività della competenza giurisdizionale della Corte al riguardo, ed osta dunque a qualsiasi controllo esterno antecedente o successivo". Più ampiamente sull'art. 344, cfr. M. ORZAN, *Articolo 344*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 2319 ss., e L. MAZZARINI, *Articolo 344 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 2506 ss.

⁵³ Punto 167 delle conclusioni *Achmea*.

⁵⁴ Come richiamato dall'Avvocato generale nelle conclusioni *Achmea*, peraltro, sebbene il diritto dell'Unione faccia parte del diritto applicabile alle controversie tra un investitore e uno Stato membro, ciò non implica automaticamente che tali controversie vertano sull'applicazione o sull'interpretazione dei Trattati (cfr. punto 173).

⁵⁵ L. MELCHIONDA, *The European Court of Justice Ruling in Achmea v. Slovak Republic: More Questions than Answers*, in *Diritto del commercio internazionale*, p. 337 ss., spec. p. 358.

⁵⁶ Punti 39-42 della sentenza *Achmea*.

ha rigettato la posizione sostenuta dal giudice del rinvio, esaminando la compatibilità tra il TBI e l'art. 344 TFUE senza valutare preventivamente se esso potesse in effetti trovare applicazione o meno anche alle controversie tra Stati membri ed entità private, ma dandone per scontata l'applicabilità⁵⁷. A ben vedere, l'interpretazione letterale dell'art. 344 sembrerebbe lasciare aperta tale ipotesi, pur non contemplandola esplicitamente. La disposizione ricorda infatti che gli Stati membri non possono sottoporre una controversia relativa all'applicazione e interpretazione dei Trattati a un modo di composizione diverso da quello previsto dai Trattati stessi. I soggetti attivi, legittimati a sottoporre tale controversia al giudizio della Corte, sono effettivamente gli Stati, tuttavia la disposizione non limita a particolari tipologie di controversia il ricorso al giudice dell'Unione. La Corte aveva già escluso precedentemente l'applicabilità dell'art. 344 alle controversie tra privati⁵⁸, esclusione plausibile, dato che la disposizione impone tale divieto ai soli Stati membri⁵⁹. Meno evidente era invece parsa la posizione della Corte in relazione alle controversie tra privati e Stati. Sotto questo profilo, sembrerebbe possibile affermare che la Corte abbia ormai incluso sotto il cappello dell'art. 344 anche queste ultime, adottando una interpretazione estensiva della disposizione.

Una riflessione merita anche la (non) ammissibilità del collegio arbitrale come giurisdizione atta a proporre un rinvio pregiudiziale *ex art.* 267.

La Corte ha affermato che il collegio giudicante non è un elemento del sistema giurisdizionale di uno Stato membro per il suo carattere “derogatorio” rispetto all'ordinamento nazionale⁶⁰, e non può essere assimilabile neppure a una giurisdizione “comune” a più Stati membri, nozione che rientrerebbe invece nel campo di applicazione dell'art. 267 TFUE⁶¹, escludendo qualunque analogia – ad esempio – con la Corte del Benelux⁶² e inferendo, dall'assenza di siffatta analogia, l'impossibilità di considerare tale collegio come una giurisdizione di uno degli Stati membri. Questi due elementi formano la chiave di volta dell'impianto riflessivo dei giudici, poiché da essi la Corte deriva l'impossibilità di qualificare il collegio quale giurisdizione nazionale.

La conclusione, tuttavia, appare quantomeno affrettata e avrebbe probabilmente richiesto un esame più approfondito⁶³ in ragione dell'assoluta novità della sentenza nel panorama dei trattati bilaterali di investimento interni all'Unione e delle conseguenze che possono derivare da tale interpretazione sulla costituzione di futuri tribunali arbitrali sulla base di altri simili trattati, nonché sulla sorte dei medesimi.

Mentre, infatti, è evidente che il collegio non può avere le medesime caratteristiche di una Corte comune agli Stati membri, mancando il collegamento con le giurisdizioni nazionali che invece è proprio delle corti, come quella del Benelux,

⁵⁷ J. HILLEBRAND POHL, *Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 1 ss., spec. p. 12.

⁵⁸ Cfr. parere 1/09 della Corte dell'8 marzo 2011, relativo al progetto di accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti, par. 63. Sul punto, si veda J. ALBERTI, *Il parere della Corte di giustizia sul tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 367 ss.

⁵⁹ *Ibidem*. Si veda, inoltre, P. IANNUCELLI, *op. cit.*, p. 401.

⁶⁰ Punto 45 della sentenza *Achmea*.

⁶¹ *Ivi*, punto 47 e giurisprudenza *ivi* citata.

⁶² *Ivi*, punto 48.

⁶³ S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *op. cit.*, p. 365.

incaricate di assicurare l'uniformità applicativa delle norme giuridiche comuni agli Stati membri⁶⁴, non appare altrettanto immediata la difformità della configurazione giuridica del collegio arbitrale, che giudica su controversie che insorgono tra uno dei due Stati contraenti e investitori privati⁶⁵, rispetto alla nozione di giurisdizione di uno Stato membro, individuata dalla Corte altrove. In tal senso, infatti, la Corte ha chiarito nella pregressa giurisprudenza⁶⁶ che una giurisdizione nazionale, alla quale è consentito operare un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, è tale quando concorra "un insieme di elementi, quali il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente"⁶⁷. Tali elementi, esaminati nel dettaglio dalle conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet⁶⁸ e già richiamati *supra*, non sono stati affatto menzionati dai giudici.

L'Avvocato generale, infatti, ha ritenuto che fosse soddisfatto il criterio del fondamento legale del collegio arbitrale in ragione dell'inserimento della clausola compromissoria sia nel Trattato bilaterale, sia nelle leggi di ratifica degli Stati parti di tale Trattato⁶⁹ e che l'obbligatorietà della giurisdizione fosse rintracciabile nel par. 7 del contestato art. 8 del Trattato⁷⁰. Neppure sarebbero confutabili l'indipendenza e l'imparzialità dei collegi arbitrali, alla luce dell'eventualità, prevista dal regolamento arbitrale dell'UNCITRAL, cui tali collegi si conformano, di recusare gli arbitri o segnalare eventuali dubbi sull'imparzialità degli stessi⁷¹.

Di particolare rilevanza appare, ancora, la permanenza della giurisdizione, per l'ampiezza dei contorni di tale nozione. Infatti, mentre è evidente che il collegio arbitrale viene costituito *ad hoc*, nel caso in cui una controversia sorga tra gli Stati parti del TBI, tale elemento non è di per sé stesso idoneo a escludere che tale rimedio abbia natura permanente. Nel riferimento all'istituzione arbitrale, e non nel tribunale arbitrale stesso, può essere infatti rintracciato l'elemento della permanenza, idoneo, tra gli altri, a rendere il collegio una giurisdizione di uno Stato membro dell'Unione. In altre parole, è il sistema di risoluzione delle controversie che ha natura permanente e non il tribunale stesso⁷², e anche tale elemento è riscontrabile nel caso di specie, in ragione della presenza di istituzioni arbitrali, quali la Camera di commercio di Stoccolma e la Corte permanente di arbitrato, atte a garantire la permanenza del sistema previsto dal TBI⁷³. Infine, i collegi arbitrali sarebbero assimilabili a un

⁶⁴ Punto 48 della sentenza *Achmea*.

⁶⁵ Cfr., art. 8, par. 1 del TBI.

⁶⁶ Punto 86 delle conclusioni *Achmea*. Cfr., inoltre, sentenza della Corte del 31 gennaio 2013, causa C-394/11, *Belov*, punto 38; sentenza *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, punto 23; sentenza della Corte del 6 ottobre 2015, causa C-203/14, *Consorti Sanitari*.

⁶⁷ Si veda la sentenza *Belov*, punto 38, le conclusioni *Achmea*, punto 87 nonché la sentenza della Corte del 14 giugno 2011, causa C-196/09, *Miles e altri*, punto 37 e giurisprudenza *ivi* citata.

⁶⁸ Punti 86-87 delle conclusioni *Achmea*.

⁶⁹ *Ivi*, punto 96.

⁷⁰ *Ivi*, punto 115, ove l'Avvocato generale afferma che "la decisione di un collegio arbitrale costituito conformemente a tale articolo è 'definitiva e obbligatoria per le parti della controversia'".

⁷¹ *Ivi*, punto 124.

⁷² Si veda, a tal proposito, la sentenza *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, punti 25-26.

⁷³ Punti 105-109 delle conclusioni *Achmea*.

“giudice di uno degli Stati membri”, poiché sono “istituiti come meccanismo di risoluzione delle controversie dal Regno dei Paesi Bassi e dalla Repubblica slovacca”⁷⁴.

A tali elementi, si aggiunga anche la necessità che dinanzi al collegio sia pendente una lite e che esso sia chiamato a statuire con una pronuncia di carattere giurisdizionale⁷⁵, altro aspetto che pare essere presente nel caso di specie, ma che, come i restanti elementi fin qui richiamati, non trova spazio alcuno nell’esame dei giudici. Non viene in alcun modo spiegato perché tutti i criteri precedentemente utilizzati per verificare la natura di una giurisdizione non abbiano rilievo nel caso di specie⁷⁶ e per quale motivo, al contrario, siano unicamente il carattere derogatorio della giurisdizione e la non assimilabilità a una giurisdizione comune a due Stati membri ad avere peso determinante. In definitiva, come visto più ampiamente sopra, non appare chiaro a chi scrive perché il solo carattere derogatorio del tribunale rispetto al sistema giurisdizionale nazionale, senza alcuna valutazione di ulteriori elementi utili a stabilire l’esistenza di un collegamento tra il tribunale e il sistema giurisdizionale dello Stato (come, ad esempio, il fatto che siano gli Stati contraenti ad aver istituito i collegi arbitrali quali meccanismo di risoluzione delle controversie)⁷⁷, sia idoneo a escludere il tribunale arbitrale dalla nozione di giurisdizione nazionale.

In definitiva, la nozione di giurisdizione *ex art. 267* risulta circoscritta dalla pronuncia della Corte, la quale in tal modo esclude la possibilità di operare qualunque revisione di eventuali sentenze di un collegio arbitrale costituito sulla base di una clausola compromissoria tra due Stati parti del medesimo trattato bilaterale di investimento.

4. Il caso *Achmea* ha posto per la prima volta dinanzi alla Corte un problema che da tempo si era presentato all’attenzione degli Stati membri, oltre che della Commissione europea, nella misura in cui ben prima della sentenza in esame erano emerse divergenti posizioni in materia di compatibilità dei trattati bilaterali di investimento con i Trattati⁷⁸.

Il problema che, come si è visto, è stato affrontato dai giudici nei termini di una totale incompatibilità tra l’art. 8 TBI e gli articoli 267 e 344 TFUE, offre infatti taluni spunti di riflessione che valicano il diritto dell’Unione europea, per collocarsi più precisamente nell’ambito del diritto internazionale generale⁷⁹. Tale riflessione coinvolge il regime che disciplina la compatibilità tra due trattati stipulati dalle medesime parti contraenti e che regolano la stessa materia, e ha particolare rilevanza nel caso in esame perché influisce sull’intera disciplina dei trattati bilaterali di inve-

⁷⁴ *Ivi*, punti 126-130.

⁷⁵ *Ivi*, punto 86.

⁷⁶ Esaminati invece nel dettaglio dall’Avvocato generale, come emerge dalle conclusioni *Achmea*, punti 84-131.

⁷⁷ *Ivi*, punto 130.

⁷⁸ Sentenza del Tribunale arbitrale istituito dall’Istituto arbitrale della Camera di Commercio di Stoccolma del 27 marzo 2007, caso n. 088/2004, *Eastern Sugar B.V. c. Repubblica Ceca*. Sul caso, si veda M. POTESTÀ, *Il caso Eastern Sugar: accordi bilaterali sugli investimenti, Unione europea e diritto comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 1055 ss. Si vedano, inoltre, la sentenza della Corte permanente di arbitrato del 26 ottobre 2010, caso n. 2008-13, *Eureko BV c. Repubblica Slovacca* e le argomentazioni della Repubblica slovacca, in particolare ai paragrafi 65-77, 86-96 e 109-120.

⁷⁹ Sul punto, si vedano C. BINDER, *A Treaty Law Perspective on Intra-EU BITs*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2016, p. 964 ss. e H. WEHLAND, *The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: Micula v. Romania and Beyond*, *ivi*, p. 942 ss.

stimento e sulla loro estinzione o non applicabilità, in ragione della (in)compatibilità con i Trattati dell'Unione.

Il primo aspetto che vale la pena di esaminare in questa sede è se l'estinzione di un accordo internazionale (a seguito dell'entrata in vigore del successivo accordo) possa avvenire automaticamente e, in caso negativo, quali siano i requisiti, sostanziali e procedurali, necessari ai sensi del diritto internazionale dei trattati per poter considerare un trattato estinto⁸⁰. In materia di estinzione, viene in rilievo, in primo luogo, l'art. 59, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Senza voler esplorare l'eventuale natura consuetudinaria dei principi contenuti nella Convenzione⁸¹, infatti, è possibile ritenere che essa trovi applicazione ai trattati conclusi sia dai Paesi Bassi sia dalla Repubblica slovacca, poiché entrambi i Paesi vi hanno aderito, rispettivamente, il 9 aprile 1985 e il 28 maggio 1993⁸².

L'art. 59 afferma che le due condizioni per considerare estinto un trattato, per via della conclusione di un trattato posteriore, sono (a) l'intenzione delle parti di disciplinare la questione attraverso il trattato successivo⁸³ e (b) l'impossibilità di dare applicazione a entrambi i trattati per via dell'incompatibilità tra le disposizioni di ciascuno dei due atti⁸⁴. Va da sé che, come la disposizione chiarisce preliminarmente, i due trattati devono disciplinare, anche parzialmente, la medesima materia, altrimenti non si porrebbe alcuna questione di incompatibilità tra le due fonti⁸⁵.

Tuttavia, come parte della dottrina ha già evidenziato⁸⁶, l'estinzione non si verifica automaticamente. In altre parole, non è sufficiente che la condizione sostanziale sia soddisfatta, essendo necessario anche uno specifico requisito procedurale. In tal senso, si esprime l'art. 65 della Convenzione che disciplina la procedura da seguire per sancire l'invalidità, l'estinzione, il ritiro da, o la sospensione di, un trattato⁸⁷. Non potrebbe peraltro essere altrimenti, poiché tale procedura garantisce precisamente

⁸⁰ Sul punto, si vedano, *ex multis*, S.E. NAHLIK, *The Grounds of Invalidity and Termination of Treaties*, in *The American Journal of International Law*, 1971, p. 736 ss.; B. CONFORTI, A. LABELLA, *Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts*, in *The European Journal of International Law*, 1990, p. 44 ss.; N. KONTOU, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of Customary International Law*, Oxford, 1994; L. SBOLCI, *Obblighi di procedura nell'estinzione dei trattati*, Padova, 2008; M. FITZMAURICE, E. OLUFEMI, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, L'Aja, 2011; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2013, III ed.

⁸¹ La Corte internazionale di giustizia ha ricordato, nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros* (sentenza del 25 settembre 1997, *Hungary v Slovakia*), di avere avuto modo di affermare, in diverse occasioni, che "some of the rules laid down in that Convention [la Convenzione di Vienna] might be considered as a codification of existing customary law" (par. 46 della sentenza) e ha evidenziato che, nel medesimo caso, le Parti (Ungheria e Slovacchia) hanno riconosciuto che precisamente "Articles 65 to 67 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, if not codifying customary law, at least generally reflect customary international law" (par. 109 della sentenza, corsivo aggiunto). Sulla Convenzione di Vienna e il diritto internazionale consuetudinario, si veda A. AUST, *Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, giugno 2006, reperibile *online* (punti 14-20).

⁸² La Convenzione di Vienna ha attualmente 116 Stati parti. Lo *status* delle ratifiche è reperibile *online*.

⁸³ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, art. 59, par. 1, lett. a).

⁸⁴ *Ivi*, art. 59, par. 1, lett. b).

⁸⁵ *Ivi*, art. 59.

⁸⁶ A. CIAMPLI, *Invalidity and Termination of Treaties and Rules of Procedure*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, p. 360 ss.

⁸⁷ Così, l'art. 65, par. 1, evidenzia: "A party which, under the provisions of the present Convention, invokes either a defect in its consent to be bound by a treaty or a ground for impeaching the validity of a treaty, terminating it, withdrawing from it or suspending its operation, must notify the other parties of its claim. The notification shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty

che uno Stato non si sottragga ai propri obblighi dichiarando che intendeva considerare uno dei due atti estinto o invalido, senza aver dato luogo alla procedura in parola, a danno dell'altra parte contraente⁸⁸, per evitare di onorare l'impegno preso.

Emerge dunque l'impossibilità di considerare un trattato estinto per la mera esistenza di un trattato successivo, senza che sia stata attivata la procedura prevista dalla norma, che intende precisamente garantire un coinvolgimento pieno delle parti e, soprattutto, consentire loro di manifestare in modo inequivocabile la volontà di terminare il trattato e, in tal caso, la piena applicazione del trattato posteriore. Con particolare riferimento alla controversia relativa ai trattati bilaterali di investimento ancora in vigore e alla loro presunta estinzione, emerge l'assenza di tali requisiti procedurali, mancando qualunque comunicazione scritta volta a denunciare tali accordi, eccezion fatta per gli Stati che abbiano comunicato esplicitamente la loro intenzione di porre fine ai trattati bilaterali di investimento⁸⁹. Pertanto, la presunta estinzione automatica dei medesimi, proposta in taluni casi arbitrari da alcuni Stati membri dell'Unione⁹⁰, non appare sostenibile.

Peraltro, anche i due requisiti sostanziali meritano un ulteriore approfondimento. La Convenzione di Vienna, infatti, cita come necessari l'esistenza di una incompatibilità nella regolamentazione della medesima materia e l'intenzione delle parti⁹¹. Sotto il primo profilo, per quanto sia possibile affermare che entrambi gli atti disciplinano la stessa materia⁹², ciò non consente di riscontrare un'identità piena sia nella protezione degli interessi accordati⁹³, sia segnatamente nella risoluzione delle controversie, in quanto i trattati bilaterali di investimento offrono, sotto quest'ultimo aspetto, una tutela più ampia, garantendo la possibilità di ricorrere all'arbitrato in caso di contrapposizioni tra le parti.

Sotto il secondo profilo, è evidente che l'intenzione delle parti, pur potendo essere desunta per *facta concludentia*, non appare accertata da alcuna dichiarazione formale, né emergono particolari comportamenti che indurrebbero a ritenere che le parti desideravano estinguere i trattati bilaterali di investimento, fatta eccezione per l'adesione degli Stati alla UE. In tal senso, l'intenzione delle parti, che emergerebbe nel momento in cui gli Stati aderiscono ai Trattati⁹⁴, sarebbe l'unica manifestazione dell'intento, peraltro non dichiarato, di concludere il trattato di investimento.

and the reasons therefor". Cfr. A. AUST, *Treaties, Termination*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, giugno 2006, reperibile online.

⁸⁸ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, II, p. 262.

⁸⁹ Al contrario, gli Stati che hanno inteso estinguere gli accordi bilaterali, tra cui l'Italia e l'Irlanda, lo hanno fatto espressamente nel 2012 e nel 2013, seguiti dalla Romania nel 2017 e, gradualmente, da altri Stati (ad esempio, la Polonia). Sul punto, si veda l'avvio della procedura di infrazione da parte della Commissione, sintetizzato nell'*European Commission – Fact Sheet, Pacchetto infrazioni di giugno: decisioni principali*, 18 giugno 2015, reperibile online, contro taluni Stati membri parte di TBI.

⁹⁰ Si vedano le posizioni espresse nel caso *Eureko BV c. Repubblica Slovacca*. Sul caso, si veda G. VALLAR, *L'arbitrabilità delle controversie tra un investitore di uno Stato membro ed un altro Stato membro. Alcune considerazioni a margine del caso Eureko/Achmea v. the Slovak Republic*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 849 ss.

⁹¹ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, art. 59, par. 1, punti a) e b).

⁹² Specialmente alla luce della recente introduzione nel TFUE della competenza dell'UE a concludere accordi in materia di investimenti, nell'ambito della politica commerciale comune (art. 207, par. 1, TFUE).

⁹³ Cfr., T. TONSGAARD ANDERSEN, S. HINDELANG, *The Day After: Alternatives to Intra-EU BITs*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2016, p. 984 ss.

⁹⁴ G. CILIBERTO, *op. cit.*, p. 219.

Infatti, come noto, se uno Stato non dichiara espressamente una data intenzione, è possibile desumere tale intento da altri fattori, cioè da un comportamento che induca l'osservatore a concludere che, in effetti, l'intento della parte è esattamente quello corrispondente agli atti che essa pone in essere. Ebbene, per gli Stati che hanno siglato un trattato bilaterale di investimento, nel caso di specie la Repubblica slovacca e i Paesi Bassi, tale intenzione non sarebbe desumibile da alcun comportamento interpretabile in tal senso se non l'adesione all'UE, quantomeno prima della sentenza *Achmea*.

Inoltre, nulla avrebbe vietato alle parti di derogare dal regime generale sancito dalla Convenzione di Vienna, individuando requisiti sostanziali o procedurali diversi per l'estinzione dell'accordo, ai sensi del principio *lex specialis derogat generalis*, ma tale impostazione non è rintracciabile in alcun punto dell'accordo⁹⁵. È pertanto possibile ritenere che i trattati bilaterali di investimento tra gli Stati membri dell'Unione non siano da considerare terminati, per mancanza dei requisiti procedurali e sostanziali che la Convenzione di Vienna pone in questi casi, ai sensi del richiamato art. 65, salvo ove gli Stati abbiano provveduto a denunciarli. L'esame condotto dai giudici nella sentenza *Achmea* parrebbe suffragare tale posizione. Se la Corte avesse infatti ritenuto estinto il precedente accordo, avrebbe potuto sollevare tale eccezione mentre, chiaramente, si è pronunciata nel merito dell'art. 8.

Sempre in relazione all'esame della Corte, infine, posto che siano vigenti sia i trattati bilaterali di investimento, sia i Trattati, non si può non menzionare che manca qualunque riferimento a un aspetto che avrebbe potuto contribuire a gettare luce sull'annosa questione della compatibilità di accordi bilaterali in materia di investimenti tra Paesi membri dell'Unione europea⁹⁶ e i Trattati, ossia l'inserimento dell'art. 207 TFUE, con la revisione operata dal Trattato di Lisbona. Tale disposizione ha conferito all'Unione la competenza concorrente⁹⁷ sulla protezione degli investimenti nell'ambito della politica commerciale comune. Quale sia l'impatto di tale disposizione sul regime dei trattati bilaterali di investimento non è ancora del tutto chiaro. Infatti, l'inserimento dell'art. 207 nel TFUE ha comportato una sorta di *paradygm shifting* nell'interazione tra le norme. In tal senso, non sarebbe da escludere che, a seguito di tale innovazione, sia il TFUE a disciplinare il regime applicabile agli investimenti, anche bilaterali, tra Stati membri, mentre i trattati bilaterali di investimento già in vigore non si estinguerebbero, ma neppure troverebbero applicazione, poiché si applicherebbero invece le pertinenti norme di diritto dell'Unione.

In definitiva, la sentenza *Achmea* appare sancire una sostanziale incompatibilità tra i trattati bilaterali di investimento c.d. *intra-EU* e il diritto dell'Unione, con particolare riferimento a una delle clausole essenziali di tali accordi, cioè quella relativa

⁹⁵ Fa eccezione l'art. 13 dell'accordo che prevede esclusivamente la possibilità per una delle due parti contraenti di comunicare all'altra l'intenzione di non rinnovare l'accordo, al termine dei dieci anni di validità previsti inizialmente per il TBI, inviando tale comunicazione con almeno sei mesi di preavviso. Cfr. art. 13, paragrafi 1 e 2, TBI.

⁹⁶ Tale questione resta di particolare rilevanza nell'ordinamento dell'Unione in ragione di due fattori: da un lato, il numero elevato di trattati bilaterali di investimento che sono ancora in vigore tra Stati membri (196, a maggio 2018) e, dall'altro, la cospicua giurisprudenza arbitrale che, finora, aveva rigettato l'ipotesi di incompatibilità della clausola compromissoria contenuta nei trattati bilaterali di investimento con il diritto dell'Unione, come emerge dalle sentenze *Eureka BV c. Repubblica Slovacca e Eastern Sugar*.

⁹⁷ Sul punto, si veda il parere della Corte del 16 maggio 2017, 2/15, sulla competenza dell'Unione europea a concludere e siglare un accordo di libero scambio con Singapore, punto 293.

alla risoluzione delle controversie⁹⁸. Tale incompatibilità sembra aver segnato il futuro di questi accordi: il governo olandese ha infatti annunciato la sua intenzione di estinguere tutti i trattati bilaterali di investimento *intra-EU*, di cui i Paesi Bassi fanno parte. In particolare, il 26 aprile 2018, il Ministero per il commercio estero e lo sviluppo della cooperazione ha annunciato che il governo non vedeva altra opzione che terminare l'accordo bilaterale con la Repubblica slovacca⁹⁹. Altre dichiarazioni potrebbero seguire da parte di altri Stati che, per evitare di violare il diritto UE o incorrere in una procedura di infrazione avviata dalla Commissione, potrebbero decidere di denunciare detti trattati e far convergere la materia interamente sotto l'ombrello del diritto dell'Unione.

5. Il problema di un accordo che prevede la risoluzione delle controversie tra le parti mediante arbitrato non emerge esclusivamente nel caso di una clausola contenuta in un accordo tra due Stati membri, ma parrebbe suscettibile di avere un impatto tanto più significativo sul diritto dell'Unione, qualora tale clausola fosse inclusa in un accordo siglato tra l'Unione europea e un altro Stato¹⁰⁰.

La questione appare particolarmente rilevante in virtù dell'importante posizione di preminenza che l'Unione ha nel commercio internazionale, una posizione che la rende un interlocutore commerciale degno d'attenzione per molti Stati terzi tra i quali, da ultimi, è possibile ricordare Singapore e il Canada.

Proprio per quanto concerne quest'ultimo Stato, nel 2016 l'Unione ha concluso con il Canada un accordo di libero scambio, il *Comprehensive Economic and Trade Agreement*¹⁰¹, che prevede, in caso di controversia tra le parti contraenti, l'applicazione di una clausola relativa alla risoluzione delle controversie analoga a quella presente nel TBI oggetto della sentenza *Achmea*, che consente l'istituzione di un tribunale arbitrale che possa giudicare sull'eventuale violazione dell'accordo. In riferimento a tale clausola, nel settembre 2017, il Belgio ha chiesto un parere alla Corte, affinché verifichi se essa è compatibile con i Trattati, sollevando il dubbio che il tribunale arbitrale possa trovarsi ad affrontare questioni di interpretazione del diritto dell'Unione¹⁰².

A questo punto, si riproporrebbe l'esame, così come condotto dalla Corte nella sentenza *Achmea*, della compatibilità tra tale clausola e le disposizioni pertinenti dei Trattati. La Corte deve infatti verificare se, effettivamente, l'eventuale tribunale arbitrale dovrà o meno applicare o interpretare norme di diritto dell'Unione e, in caso di risposta affermativa a questa ipotesi, verificare se ciò può inficiare l'autonomia dell'ordinamento europeo.

⁹⁸ Sul conflitto tra le norme di diritto dell'Unione e i trattati bilaterali di investimento interni all'Unione, si veda M. WIERZBOWSKI, A. GUBRYNOWICZ, *Conflict of Norms Stemming from intra-EU BITs and EU Legal Obligations: Some Remarks on Possible Solutions*, in C. BINDER, U. KRIEBAUM, A. REINISCH, S. WITTICH (eds.), *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford, 2009, p. 544 ss.

⁹⁹ M. DAVOISE, M. BURGSTALLER, *Another One BIT the Dust: Is the Netherlands' Termination of Intra-EU Treaties the Latest Symptom of a Backlash Against Investor-State Arbitration?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 2018, reperibile online.

¹⁰⁰ X. FERNÁNDEZ-PONS, R. POLANCO, R. TORRENT, *CETA on Investment: The Definitive Surrender of EU Law to Gats and Nafta/Bits*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1319 ss.

¹⁰¹ Accordo Economico e Commerciale globale (CETA) tra Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, siglato il 30 ottobre 2016.

¹⁰² Cfr. richiesta di parere del Regno del Belgio.

Anche in questo caso, le conclusioni dell'Avvocato generale si sono espresse in favore della compatibilità dell'accordo con il diritto dell'Unione¹⁰³. In particolare, l'Avvocato Bot afferma che il Tribunale sarebbe chiamato a giudicare esclusivamente sulle disposizioni pertinenti dell'accordo e sulle eventuali violazioni di quest'ultimo e, per quanto riguarda eventuali questioni di diritto dell'Unione, il Tribunale sarebbe in ogni caso vincolato ad applicare rigorosamente l'interpretazione che la Corte ha fornito delle disposizioni¹⁰⁴ e non potrebbe in alcun modo imporre alcuna interpretazione di tale diritto nell'ordinamento dell'Unione¹⁰⁵.

Al contrario, se affermata anche in accordi di cui l'UE è parte contraente, la posizione dei giudici di Lussemburgo potrebbe sancire l'incompatibilità tra la clausola che consente la risoluzione delle controversie, negli accordi internazionali relativi al libero scambio, con il diritto dell'Unione. Ciò potrebbe avere un effetto negativo anche sui futuri accordi che l'Unione negozia a beneficio dei propri Stati membri e condurre all'indesiderato risultato di indebolire la posizione europea sulla scena commerciale internazionale.

È possibile tuttavia rintracciare, già nella sentenza *Achmea*, un punto di apertura della Corte, che potrebbe essere confermato o meno nel parere sul CETA. I giudici, infatti, hanno evidenziato che, proprio perché il tribunale arbitrale oggetto della sentenza è previsto da un trattato bilaterale di investimento, e non da un accordo concluso dall'Unione¹⁰⁶, potrebbe rimettere in discussione il principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri¹⁰⁷, ma anche minare il carattere proprio dell'ordinamento istituito dai Trattati e garantito dall'art. 267 TFUE¹⁰⁸. Nel caso del CETA, invece, si tratta di un accordo concluso simultaneamente dall'Unione e dagli Stati membri e dunque la linea di ragionamento impiegata dalla Corte non sarebbe applicabile¹⁰⁹.

Inoltre, come ricordato dall'Avvocato generale, il diritto dell'Unione non potrebbe trovare alcuna applicazione¹¹⁰, in quanto l'accordo fornisce precise garanzie in tal senso e poiché una delle parti contraenti è uno Stato terzo, che non è chiaramente vincolato al rispetto del diritto dell'Unione¹¹¹. Quest'ultimo, pertanto, non formerebbe oggetto di alcuna pronuncia del Tribunale eventualmente costituito in base alla clausola compromissoria prevista dall'accordo, che invece prevede esclusivamente la competenza a giudicare sull'accordo stesso, interpretato alla luce del diritto internazionale¹¹².

Questa e altre ragioni, come le garanzie che l'accordo fornisce sulla salvaguardia del ruolo esclusivo della Corte nell'interpretazione delle norme dell'Unione¹¹³, conducono a ritenere che esso sia compatibile con il diritto dell'Unione.

¹⁰³ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 29 gennaio 2019 sulla richiesta di parere 1/17.

¹⁰⁴ Cfr., punti 137-138 delle conclusioni sulla richiesta di parere 1/17.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Punto 58 della sentenza *Achmea*.

¹⁰⁷ Sul ruolo del principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri, si veda C. RIZCALLAH, *The Challenges to Trust-Based Governance in the European Union: Assessing the Use of Mutual Trust as a Driver of EU Integration*, in *European Law Journal*, 2019, p. 37 ss.

¹⁰⁸ Punto 58 della sentenza *Achmea*.

¹⁰⁹ Punto 109 delle conclusioni sulla richiesta di parere 1/17.

¹¹⁰ *Ivi*, punto 110.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ivi*, punto 115 ss.

6. Il contributo ha preso avvio dalla sentenza resa dalla Corte nel caso *Achmea* per formulare alcune osservazioni sulle implicazioni di natura più ampia che da tale sentenza discendono sull'ordinamento dell'Unione.

In primo luogo, talune riflessioni sono desumibili analizzando il caso *Achmea* sotto il profilo del diritto internazionale generale. In particolare, relativamente alla posizione espressa da taluni Stati membri in merito all'estinzione automatica dei trattati bilaterali di investimento nel momento in cui Stati, precedentemente *terzi*, hanno aderito all'Unione, esaminando il diritto internazionale pertinente, e segnatamente la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, appare chiaro che l'estinzione di tali trattati può avvenire solo a seguito di una esplicita procedura fissata dalla stessa Convenzione.

La Corte è parsa confermare implicitamente la rilevanza di tale impostazione. Addentrandosi nel merito dell'accordo, in particolare della clausola compromissoria da esso prevista, la Corte ha preso atto della sua validità, e ne ha affermato l'incompatibilità con le disposizioni del TFUE oggetto del rinvio pregiudiziale.

Sotto questo profilo, l'impatto più ampio che la sentenza può avere sui trattati bilaterali di investimento conclusi tra Stati membri potrebbe essere particolarmente rilevante, conducendo alla graduale estinzione di siffatti accordi, scelta che i Paesi potrebbero adottare per non incorrere in una sentenza di condanna della Corte. La denuncia del TBI da parte dei Paesi Bassi appare collocarsi su questo percorso.

Più incerto appare invece l'impatto che la sentenza potrebbe avere sugli accordi internazionali conclusi dall'Unione. L'importanza di ammettere metodi di risoluzione delle controversie esterni all'ordinamento dell'Unione risiede proprio nella richiamata posizione privilegiata dell'Unione quale partner commerciale di Paesi terzi. Una possibile apertura sulla compatibilità di tali sistemi è già emersa nel caso *Achmea*, ma potrà trovare definitiva conferma solo con l'adozione dell'atteso parere sul CETA. Se confermata dal parere della Corte, la compatibilità dell'accordo consentirebbe all'Unione di mantenere quella posizione di rilevanza nel commercio internazionale che la rende un interlocutore d'interesse per molti Stati e di evitare di diventare un "partner difficile"¹¹⁴, con il quale Stati terzi sono più restii a concludere accordi.

Abstract

The *Achmea* Judgment, One Year after: Effects on the European Order and the Future of *intra*-EU BITs

On 6 March 2018, the Court of Justice of the European Union rendered its much-awaited judgment in the case *Slovak Republic v. Achmea*, where it affirmed the incompatibility of Bilateral Investment Treaties' (BITs) arbitration clauses with Articles 267 and 344 of the TFEU. The judgment bears particular importance not only for the case at stake, but also for the future of BITs between Member States, shedding light on the delicate issue of the settlement of disputes, through arbitration. Furthermore, the case raises important questions of general international law, concerning the termination of such BITs, as well as uncertainties on the Investment Treaties that the EU itself may sign and is signing with third States, in the framework of its commercial policy competence.

¹¹⁴ P. IANNUCELLI, *op. cit.*, p. 404, e T. LOCK, *Taking National Courts More Seriously? Comment on Opinion 1/09*, in *European Law Review*, 2011, p. 575 ss., spec. p. 588.

Marco Inglese*

La proposta di regolamento che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*: tanto tuonò che piovve

SOMMARIO: 1. Il completamento del mercato unico digitale. – 2. Problemi definitivi: cos'è una piattaforma *online*? – 3. *Segue*: le piattaforme collaborative. – 4. La proposta di regolamento che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*. – 5. Conclusioni.

1. Il completamento del mercato unico costituisce uno degli obiettivi principali dell'Unione europea sin dall'adozione dell'Atto unico europeo del 1986. Da allora, innumerevoli ondate di armonizzazione si sono succedute per garantire che i cittadini dell'Unione e le imprese potessero pienamente beneficiare delle quattro libertà fondamentali¹. Di volta in volta, queste ondate di armonizzazione hanno testimoniato le priorità legislative della Commissione, o meglio, dell'agenda politica del proprio presidente. Infatti, il Presidente Juncker nel 2014 ha affermato in una dichiarazione sui propri orientamenti politici che “dobbiamo sfruttare in maniera decisamente migliore le notevoli opportunità offerte dalle tecnologie digitali”² e che pertanto “intend[e] prendere decisioni legislative ambiziose per realizzare un mercato unico del digitale connesso”³.

Nel 2015 la Commissione ha deciso di adottare una strategia per il mercato unico digitale in Europa⁴ (in séguito: Strategia) e, da quel momento, il suo completamento è divenuto uno degli obiettivi più ambiziosi dell'Unione, da perseguire attra-

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Parma.

¹ L. AZOULAI, *The Complex Weave of Harmonization*, in A. ARNULL, D. CHALMERS (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, 2015, p. 589 ss.

² J-C. JUNCKER, *Orientamenti politici per la prossima Commissione europea – Un nuovo inizio per l'Europa. Il mio programma per l'occupazione, la crescita, l'equità e il cambiamento democratico (15 luglio 2014). Priorità 2: Un mercato unico del digitale connesso*, reperibile online.

³ *Ibidem*.

⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Comitato al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 6 maggio 2015, Strategia per il mercato unico digitale in Europa, COM(2015)192 fin.

verso una ragionata e puntuale serie di comunicazioni, la promulgazione di nuovi e specifici atti legislativi ritagliati sulle necessità più incombenti e l'ammmodernamento delle direttive e dei regolamenti ormai divenuti obsoleti⁵. Un tale ponderoso sforzo legislativo richiede una buona dose di velocità e agilità istituzionale poiché le innovazioni tecnologiche nel mondo digitale procedono a un ritmo incalzante, talvolta addirittura insostenibile, per il legislatore. Tuttavia, come acutamente osservato⁶, non tutte necessitano di un intervento *ad hoc*: mentre alcune richiedono un semplice esercizio di aggiornamento o di reinterpretazione delle norme preesistenti le quali, dunque, mantengono intatta la propria efficacia, altre – normalmente quelle che sono state in grado di portare i cambiamenti più radicali – esigono invece l'emanazione di strumenti normativi adeguati alle loro caratteristiche. Ciononostante, le specificità del mercato unico digitale non lo sottraggono alle più generali e consolidate dinamiche del mercato interno *ex art. 26, par. 2, TFUE* di cui rimane comunque parte integrante⁷. Dunque, anche il suo sviluppo continua ad essere sottoposto alle medesime logiche politiche e giuridiche sottostanti l'esercizio della competenza concorrente in materia *ex art. 4, par. 2, lett. a), TFUE*⁸.

La Strategia indica alcuni temi di particolare importanza per i quali, in seguito alla raccolta di informazioni tramite questionari, al dialogo con le parti sociali e, soprattutto, con le imprese, sono suggerite azioni positive per via legislativa da parte della Commissione. Tra di esse si segnalano l'abolizione delle spese di roaming⁹, l'abbattimento dei costi di spedizione¹⁰, il superamento dei blocchi geografici ingiustificati¹¹, una rinnovata e diversa applicazione del diritto alla proprietà intellettuale dei materiali condivisi *online*¹², la tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche¹³ e,

⁵ D. ADAMSKI, *Lost on the Digital Platform: Europe's Legal Travails with the Digital Single Market*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 719 ss.

⁶ C. TWIGG-FLESNER, *Disrupting Technology-Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law*, in A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016, p. 21 ss.

⁷ S. WEATHERILL, *The Several Internal Markets*, in *Yearbook of European Law*, 2017, p. 125 ss.

⁸ G. DAVIES, *The Competence to Create an Internal Market: Conceptual Poverty and Unbalanced Interests*, in S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.), *The Division of Competences between the EU and the Member States. Reflections on the Past, the Present and the Future*, Portland, 2017, p. 74 ss.

⁹ Regolamento (UE) 2017/920 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, che modifica il regolamento (UE) n. 531/2012 per quanto riguarda le norme sui mercati del roaming all'ingrosso.

¹⁰ Regolamento (UE) 2018/644 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 aprile 2018, relativo ai servizi di consegna transfrontaliera dei pacchi.

¹¹ Regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE. Si veda G. M. RUOTOLO, *La lotta alla frammentazione geografica del mercato unico digitale: tutela della concorrenza, uniformità, diritto internazionale privato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 501 ss.

¹² Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, COM(2016)593 fin.

¹³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE, COM(2017)10 fin.

infine, un'attenzione particolare per le piattaforme *online*¹⁴ e l'economia collaborativa¹⁵.

Il completamento del mercato unico digitale è concepito, da un lato, come un'opportunità di sviluppo da cogliere per le piccole e medie imprese; dall'altro, come un mezzo per offrire maggiori opportunità ai consumatori¹⁶. Esso, inoltre, in considerazione del proprio indefettibile carattere transfrontaliero rappresenta un ambiente ideale per la promozione della libera circolazione delle merci (art. 34 TFUE) e dei servizi (art. 56 TFUE). Parimenti, a causa della propria intrinseca immaterialità e della distanza fisica tra consumatori, utenti commerciali e intermediari *online*, esso racchiude anche notevoli zone d'ombra in grado di comprometterne il buon funzionamento portando ad una potenziale frammentazione su base geografica.

Per esempio, come emerso dalle consultazioni pubbliche condotte dalla Commissione¹⁷, gli utenti commerciali lamentano che le piattaforme *online* eliminano immotivatamente i propri beni e servizi (c.d. *delisting*), sospendono gli account, modificano unilateralmente e senza preavviso i termini e le condizioni che regolano il loro rapporto, non garantiscono chiarezza nei meccanismi di posizionamento nei motori di ricerca e non favoriscono una risoluzione tempestiva ed efficace delle controversie. Inoltre, il fatto che le recensioni e le valutazioni – non solo dei beni e dei servizi, ma anche degli operatori commerciali stessi – possano essere artatamente manipolate da altri soggetti suscita problemi sotto i profili delle pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori¹⁸ e tra gli operatori economici stessi¹⁹. La loro reputazione, per di più, dipende dal posizionamento nei motori di ricerca. Infine, lo *status* giuridico dei termini e delle condizioni che occorre approvare prima di un acquisto *online* o prima di registrarsi come utente commerciale non è chiaro se abbia natura contrattuale o meno²⁰.

Dal punto di vista dei consumatori, si aggiungono poi le già note difficoltà sull'individuazione della legge applicabile e della giurisdizione competente che, spesso anche a causa della scarsa entità delle pretese, scoraggiano un'azione giuri-

¹⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Comitato al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 25 maggio 2016, Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa, COM(2016)288 fin.

¹⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Comitato al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 2 giugno 2016, Un'agenda europea per l'economia collaborativa, COM(2016)356 fin.

¹⁶ K. HAVU, *The EU Digital Single Market From a Consumer Standpoint: How do Promises Meet Means?*, in *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 2017, p. 146 ss.

¹⁷ Vedi par. 4.

¹⁸ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio.

¹⁹ Direttiva 2006/114/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa.

²⁰ P. JACEK PALKA, *Terms of Service Are Not Contracts – Beyond Contract Law in the Regulation of Online Platforms*, in S. GRUNDMANN (ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge, 2017, p. 135 ss.

sdizionale²¹ –; mentre si registra ancora timore verso i metodi alternativi – sempre *online*²² – di risoluzione delle controversie.

Sebbene largamente comuni a tutti gli ambiti del mercato unico digitale, questi problemi sono più acuti nelle piattaforme *online*. A tal proposito, si può anticipare che la loro caratteristica principale è la creazione di un rapporto trilaterale tra la piattaforma stessa, l'utente operatore economico e l'utente finale. Ancora, a seconda delle loro modalità di funzionamento, esse possono dividersi in piattaforme *tout court* oppure piattaforme collaborative. Tra le prime si annoverano i giganti del commercio elettronico quali Amazon oppure Ebay ovvero i più noti fornitori di servizi audiovisivi quali Spotify e Netflix; tra le seconde, come espressione dell'economia collaborativa, si includono principalmente – seppure con i distinguo che saranno meglio precisati in seguito – Uber ed Airbnb.

La proposta di regolamento che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*²³ (in séguito: Proposta) è l'ultimo atto adottato dalla Commissione in ordine cronologico e si inserisce nel quadro appena tracciato. Più in particolare, essa assume fondamentale rilevanza nello studio del completamento del mercato unico digitale poiché rappresenta il primo tentativo legislativo volto a disciplinare le piattaforme *online*.

Il presente contributo intende, quindi, verificare, dapprima, se la Proposta contribuisca effettivamente al completamento del mercato unico digitale e, allo stesso tempo, a favorire l'equità delle transazioni offrendo un quadro regolamentare improntato alla certezza giuridica e alla trasparenza per gli operatori commerciali. In secondo luogo, il presente contributo si interroga poi sulla bontà della scelta normativa di escludere dal campo di applicazione della Proposta le piattaforme collaborative per tentare di comprendere se tale decisione sia stata informata dall'idea di normarle in seguito ovvero lasciarle non regolate.

Data la novità della materia, i precedenti giurisprudenziali sono modesti e talvolta non pertinenti poiché riferiti a situazioni giuridiche e fattuali in cui il mercato unico digitale era ancora inesistente. Vista la persistenza con cui la Commissione sta portando avanti la propria agenda legislativa, non è comunque da escludersi l'avvio di procedure di infrazione *ex art. 258 TFUE* contro quegli Stati membri le cui normative nazionali pongano barriere immotivate al mercato unico digitale. Né, allo stesso modo, si può escludere che nuovi rinvii pregiudiziali *ex art. 267 TFUE* raggiungano la Corte di giustizia²⁴, come di recente avvenuto con le note sentenze *Uber*²⁵. Le possibilità offerte dal mercato unico digitale sono ampie anche in questo senso.

2. Prima di analizzare la Proposta, occorre rilevare che il mercato unico digitale e le sue varie componenti sfuggono a una precisa tassonomia. Mentre alcuni elementi non sono che una versione aggiornata e moderna di vecchi problemi già

²¹ Vedi regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità.

²² Vedi la piattaforma *online* predisposta dalla Commissione, <https://ec.europa.eu/consumers>.

²³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, COM(2018)238 fin.

²⁴ Si segnala, da ultimo, causa C-390/18, *AIRBNB Ireland*.

²⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017, causa C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*; del 10 aprile 2018, causa C-320/16, *Procedimento penale a carico di Nabil Bensalem*. Vedi par. 3.

affrontati e superati – si pensi, ad esempio alla vendita al di fuori dei locali commerciali – altri presentano invece profili di innovatività tali da richiedere uno sforzo supplementare. È esattamente il caso delle piattaforme e dei servizi di intermediazione *online*. Le comunicazioni della Commissione non ne offrono una definizione compiuta, rendendo difficile comprendere, in primo luogo, il campo di applicazione *ratione materiae* della Proposta; in secondo luogo, suscitando perplessità anche rispetto a una possibile distinzione con le piattaforme collaborative²⁶.

La Strategia si era limitata ad affermare brevemente che le piattaforme “permett[ono] ai consumatori di reperire informazioni *online* e alle imprese di sfruttare i vantaggi del commercio elettronico”²⁷ e che, allo stesso tempo, esse stanno acquisendo un potere di mercato sempre più pervasivo, riuscendo – anche grazie all’accumulazione massiva di dati personali e non²⁸ – ad influenzare sia la remunerazione degli operatori commerciali, sia a sostituirsi interamente ad essi. Anche la comunicazione sulle piattaforme *online* non affronta specificatamente la questione della loro definizione ma ne descrive compiutamente le caratteristiche²⁹. In primo luogo, riconosce che esse sono in grado di orientare i mercati esistenti e di crearne di nuovi proprio grazie all’accumulo di dati. In secondo luogo, esse operano all’interno di mercati multilaterali, rendendone quindi difficile l’individuazione³⁰. In terzo luogo, esse beneficiano di effetti di rete e basandosi sulle tecnologie dell’informazione riescono a creare valore digitale. La comunicazione in commento riconosce poi la necessità per la Commissione di tenere in considerazione “trasparenza e correttezza per conservare la fiducia degli utenti e salvaguardare l’innovazione³¹”. Ancora, essa evidenzia che tra i maggiori problemi riscontrati tanto dagli operatori commerciali quanto dagli utenti si annoverano requisiti di iscrizione asseritamente sleali e/o esclusivi, la modifica unilaterale di termini e condizioni, il duplice ruolo delle piattaforme come facilitatori nell’accesso al mercato ma al tempo stesso in concorrenza con gli operatori commerciali e, più in generale, la mancanza di trasparenza nella gestione del rapporto con gli utenti.

Nonostante la Commissione abbia indicato le caratteristiche comuni alle piattaforme, si rileva comunque una reticenza di fondo a fornirne una definizione. La ragione di ciò potrebbe essere individuata nella difficoltà di incapsulare in una categoria rigida un fenomeno rapidamente mutevole oppure l’idea che le loro concrete modalità operative siano troppo variegate.

Questo sforzo definitorio non può nemmeno essere assolto dalla Corte di giustizia, i cui precedenti in materia sono ancora modesti. Tuttavia, alcune pronunce

²⁶ Vedi par. 3.

²⁷ Strategia, p. 12.

²⁸ G.M. RUOTOLO, *I dati non personali: l’emersione dei big data nel diritto dell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, p. 97 ss.

²⁹ COM(2016)288 fin., pp. 2-3.

³⁰ Si veda T. HOPPNER, *Defining Markets for Multi-Sided Platforms: The Case of Search Engines*, in *World Competition*, 2015, p. 349 ss.

³¹ Comunicazione, cit. nota 10, p. 5.

utili possono rinvenirsi nella giurisprudenza concernente le direttive 96/9³² e 2015/1535³³.

L'art. 1, par. 2, della direttiva 96/9 definisce le banche di dati “una raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo”, mentre l'art. 3, par. 1, stabilisce espressamente che l'oggetto della protezione è l'opera dell'ingegno dell'autore della banca di dati. Ora, che le piattaforme *online* mettano a disposizione una raccolta di dati o di altri elementi indipendenti tramite mezzi elettronici è indubbio. Ben diverso è invece capire se tale catalogazione sia il frutto di un'opera dell'ingegno e, pertanto, meritevole di tutela.

Nel caso *Fixtures Marketing*³⁴ la Corte è stata chiamata a interpretare la nozione di banca di dati e, più precisamente, se essa includa anche l'organizzazione e la gestione dei calendari degli incontri calcistici. La Corte dapprima richiama gli obiettivi della direttiva 96/9 ossia, principalmente, l'armonizzazione del mercato interno, per poi rilevare che la nozione di banche di dati debba essere interpretata in senso funzionale. Dunque, è necessario che esista “una raccolta di ‘elementi indipendenti’, ossia di elementi separabili gli uni dagli altri senza che il valore del loro contenuto informativo, letterario, artistico, musicale o di altro genere venga ad essere per questo intaccato³⁵”. Inoltre, essa deve contenere anche i mezzi tecnici idonei a ritrovare le informazioni contenute. La Corte aggiunge quindi che una tale specificazione “permette di distinguere la banca di dati (...) caratterizzata da un mezzo che consente di ritrovare nel suo ambito ciascuno dei suoi elementi costitutivi, da un insieme di elementi che fornisce informazioni ma che è privo di qualsiasi mezzo di elaborazione dei singoli elementi che lo compongono³⁶”. Con le medesime argomentazioni, i giudici di Lussemburgo hanno poi ritenuto che detta nozione è applicabile anche alle mappe topografiche³⁷.

Gli aspetti sottolineati dalla Corte sembrano confermare che una piattaforma *online* non può essere assimilata a una banca di dati poiché la creazione di una relazione triangolare è totalmente assente. Una banca di dati, essenzialmente, non è né un intermediario tra altre due parti, né gode di poteri di direzione e controllo nei loro confronti. In altre parole, per quanto entrambe siano accessibili elettronicamente le loro funzioni si mantengono ben differenziate.

Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre, dunque, cercare di individuare gli altri fattori costitutivi delle piattaforme *online*. In prima battuta, a prescindere dal loro modo di funzionamento, esse creano una relazione triangolare che vede all'apice la piattaforma stessa e alla base gli utenti commerciali e i consumatori. Tale fenomeno è caratterizzato dai poteri che la piattaforma è in grado di esercitare sia sugli uni, sia sugli altri potendo, dunque, influenzare in maniera diretta e immediata

³² Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati.

³³ Direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione. Vedi par. 3.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2004, causa C-444/02, *Fixtures Marketing*.

³⁵ *Ivi*, punto 29.

³⁶ *Ivi*, punto 31.

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 29 ottobre 2015, causa C-490/14, *Freistaat Bayern*.

il loro rapporto. Alcuni esempi si rendono necessari per comprendere meglio queste considerazioni.

È noto che acquistando un bene da una piattaforma questo possa essere venduto e spedito da essa stessa ovvero da coloro i quali operano per il suo tramite. In questi c.d. *virtual market places*, quali Amazon ed Ebay, le piattaforme permettono ai venditori di acquisire visibilità, di raggiungere un numero potenzialmente infinito di clienti e di abbattere barriere regolamentari e linguistiche di altrimenti difficile superamento. Mentre Amazon ed Ebay regolano, quindi, la loro relazione con gli utenti commerciali, i consumatori sanno che l'affidabilità del venditore è indirettamente garantita dalla sua presenza sulla piattaforma e legata alla notorietà di quest'ultima. Il pagamento del bene o del servizio è poi generalmente gestito da altre piattaforme che garantiscono l'assenza di oneri aggiuntivi o di costi accessori, aggiungendosi quindi alla relazione triangolare³⁸. Inoltre, in caso di non conformità del bene sarà la piattaforma a mediare tra l'acquirente e il venditore proponendo generalmente la restituzione del bene o il rimborso del prezzo. Infine, sarà poi sempre la piattaforma a mettere a disposizione un sistema interno di risoluzione delle controversie.

Le piattaforme *online* si caratterizzano, quindi, per un ruolo (pro)attivo in tutte le fasi di una transazione, orientandone, in definitiva, la bontà del risultato. Ad ogni modo, occorre rimarcare che esse agiscono sì da intermediarie tra la domanda e l'offerta di beni e servizi, ma dal lato dell'offerta ci sono operatori commerciali che esercitano il commercio in maniera stabile e continuativa come professionisti. Laddove, per contro, questi ultimi operino in maniera occasionale e non professionale, viene a crearsi la nuova categoria di piattaforma collaborativa.

3. Le peculiarità delle piattaforme collaborative hanno impedito alla Commissione di includerle nel campo di applicazione della Proposta. Occorre quindi verificare se tale scelta di politica legislativa sia suffragata da elementi giuridici e fattuali chiari e precisi³⁹.

Le piattaforme collaborative si distinguono da quelle *tout court* per una caratteristica essenziale, ossia l'asserita assenza di operatori professionali. In altre parole, il presupposto della loro differenza risiede nel fatto che gli scambi di beni e servizi avvengano tra pari, dando quindi luogo all'espressione *peer-to-peer* (P2P) oppure *consumer-to-consumer* (C2C)⁴⁰.

Ciò costituisce l'asse portante della c.d. economia collaborativa⁴¹ o, nella sua accezione più famosa e internazionalmente riconosciuta, *sharing economy*⁴².

³⁸ A. JANCZUK-GORYWODA, *Online Platforms as Providers of Transnational Payments Law*, in *European Review of Private Law*, 2016, p. 223 ss.

³⁹ M. BARTL, *Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union: Resuscitating the Market as the Object of the Political*, in *European Law Journal*, 2015, p. 572 ss.

⁴⁰ A. QUARTA, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti*, in *Europa e diritto privato*, 2017, p. 667 ss.

⁴¹ V. HATZOPOULOS, S. ROMA, *Caring for Sharing? The Collaborative Economy under EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 81 ss.; V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, Oxford, 2018; G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, p. 119 ss.; P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Le droit de l'Union européenne face à l'économie collaborative*, in *Revue trimestrielle de droit européenne*, 2017, p. 697 ss.

⁴² V. KATZ, *Regulating the Sharing Economy*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2015, p. 1067 ss.; S. RANCHORDAS, *Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy*, in *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2015, p. 413 ss.; G. SMORTO, *Verso la disciplina gi-*

La comunicazione della Commissione sull'economia collaborativa sembra gettare alcune ombre su uno schema così semplicistico mentre il suo *critical assessment*⁴³ è ancora più netto. Se, da un lato, sono evidenziati i benefici di carattere economico – quali, ad esempio, il coinvolgimento di individui altrimenti marginalizzati dal mercato del lavoro, come gli anziani, le donne, i disoccupati e lo sfruttamento di risorse altrimenti inutilizzate –; dall'altro lato, si pone l'accento sia sui poteri regolatori delle piattaforme collaborative, sia su come essi si estrinsecano sugli operatori e sugli utenti.

Il nodo da sciogliere per il legislatore, l'interprete, il giudice e, non ultimo, per i soggetti coinvolti nelle attività dell'economia collaborativa, riguarda la precisa distinzione dei ruoli tra la piattaforma collaborativa, l'operatore e l'utente nella misura in cui si accetta che il loro rapporto trilaterale risponda a esigenze proprie, slegate da un consolidato schema *business-to-consumer* (B2C).

In primo luogo, è assodato che la piattaforma collaborativa – esattamente alla stregua di ogni piattaforma *tout court* – eserciti un potere di direzione e controllo sulla prestazione, *rectius*, sulla sua qualità e sulle modalità dell'offerta. Naturalmente esistono diversi modi per farlo. Come ha ben spiegato l'Avvocato generale Szpunar nelle sue conclusioni del caso *Elite Taxi*⁴⁴, Uber per il tramite del suo algoritmo indirizza i propri autisti nelle zone più redditizie, imponendo una tariffa che varia al variare degli orari e delle stesse zone urbane. Ancora, Airbnb esige che i propri c.d. *host* garantiscano agli ospiti un trattamento minimo, banalmente, cuscini per il letto, biancheria, asciugamani puliti e una connessione Wi-Fi. A queste istruzioni si accompagna la possibilità di escludere immediatamente coloro le cui prestazioni – valutate dai beneficiari dei servizi – scendano al di sotto di una soglia minima determinata dall'aggregato delle recensioni degli utenti⁴⁵. Questa pratica non è possibile nelle piattaforme *online* laddove, per esempio, un operatore può essere escluso in caso di violazioni dei termini e delle condizioni ovvero in casi eccezionali quali, ad esempio, la manipolazione delle recensioni. A tal proposito è stato efficacemente coniato il termine di *algocracy*⁴⁶ ad indicare che tutte le decisioni afferenti l'attività economica di un operatore non sono prese da un essere umano ma da un algoritmo.

In secondo luogo, ciò che rende peculiari le piattaforme collaborative è la relazione che si instaura tra i prestatori e i beneficiari dei servizi. Infatti, almeno in linea teorica, la piattaforma si limita a svolgere un mero ruolo di intermediazione senza

uridica della sharing economy, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2015, p. 245 ss.; E. ALONI, *Pluralizing the Sharing Economy*, in *Washington Law Review*, 2016, p. 1397 ss.; S.R. MILLER, *First Principles for Regulating the Sharing Economy*, in *Harvard Journal on Legislation*, 2016, p. 147 ss.; E. MOSTACCI, A. SOMMA, *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano, 2016; I. SCOTT, E. BROWN, *Redefining and Regulating the New Sharing Economy*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2017, p. 553 ss.

⁴³ G. SMORTO, *Critical assessment of European agenda for the collaborative economy*. In-depth analysis for the IMCO Committee IP/A/IMCO/2016-10, PE 595.361, 2017.

⁴⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar dell'11 maggio 2017, causa C-434/15, *Elite Taxi*.

⁴⁵ C. BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence. How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, in A. DE FRANCESCO (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016, p. 223 ss.

⁴⁶ V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy*, cit., pp. 154-155. Si segnala anche la creazione di un gruppo di lavoro sull'impatto degli algoritmi nell'economia delle piattaforme, vedi Algorithmic Awareness-building su ec.europa.eu/digital-single-market, nonché www.algoaware.eu.

pertanto assumersi alcuna responsabilità in caso di inadempimento. La relazione tra pari è quindi lasciata alla eventuale buona condotta e buona fede delle due parti.

Le piattaforme collaborative, infine, presentano una diversificazione dei rapporti anche con i propri utenti prestatori. Poiché, come già osservato, esse riescono ad esercitare un potere di direzione e controllo sulla qualità e sulla modalità della prestazione, potrebbero dunque configurarsi le condizioni per l'instaurazione di un rapporto di lavoro. Ora, se questo sussista o meno è difficile da determinarsi a priori nella misura in cui occorrerebbe verificare, *inter alia*, la stabilità ovvero l'occasionalità della prestazione, il calcolo e la forma della remunerazione e i mezzi attraverso i quali la piattaforma riesce a esercitare i propri poteri. L'avvocato generale Szpunar afferma infatti, *passim*, che la maggior parte degli autisti di Uber lavorano per la piattaforma a tempo pieno tanto da averla resa la loro "unica o (...) principale attività professionale"⁴⁷, mentre la Corte non affronta la questione. Allo stesso modo, è stato anche osservato che molti *host* di Airbnb non mettono più in locazione le stanze libere del proprio appartamento ma gestiscono interi immobili facendone quindi la loro attività principale⁴⁸.

Questo sviluppo imprevisto delle piattaforme collaborative sta suscitando diverse preoccupazioni soprattutto a livello delle amministrazioni locali le quali con mezzi differenti stanno cercando di affrontare il problema in maniera del tutto disorganica. È, infatti, noto che l'economia collaborativa impatti maggiormente sulle grandi mete turistiche e nel settore dei trasporti urbani. Non è quindi un caso che le prime risposte regolamentari provengano dalle città più importanti⁴⁹; mentre iniziano a registrarsi le prime pronunce da parte di corti specializzate nel settore commerciale o giuslavoristico⁵⁰.

Queste incertezze sono esaminate sempre dall'Avvocato generale Szpunar in *Elite Taxi*. Nonostante le attività di Uber siano spesso frettolosamente inquadrare nell'ambito dell'economia collaborativa, da ciò non consegue immediatamente un'univoca classificazione giuridica. In particolare, occorre verificare se esse attengono ai servizi della società dell'informazione secondo l'art. 1 della direttiva 2015/1535⁵¹ e, conseguentemente, godere del regime di libera circolazione disci-

⁴⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar cit., punto 47.

⁴⁸ B.J. SANTOLLI, *Winning the Battle, Losing the War: European Cities Fight Airbnb*, in *George Washington International Law Review*, 2017, p. 673 ss.

⁴⁹ Vedi *Impulse Paper on the Business Authorization/Licensing Requirements Imposed Both on Peer-Providers and Platforms* – Barcelona, Berlin and Amsterdam, Ref. Ares(2016)2558328; *Impulse Paper on Specific Liability Issues Raised by the Collaborative Economy in the Accommodation Sector*, Paris, Amsterdam, Barcelona, Ref. Ares(2016)2558284; *Impulse Paper n.2 on the Business Authorization/Licensing Requirements Imposed on Peer-Providers and Platforms in the Accommodation/Tourism Sector in Paris, Rome, Milan and London*, Ref. Ares(2016)2558355; *Home-Sharing in the Digital Economy: the Cases of Brussels, Stockholm, and Budapest*, Ref. Ares(2016)2558409.

⁵⁰ Bruxellois Commercial Tribunal, sentenza del 23 settembre 2015, SPRL *Uber Belgium v SA Taxi Radio*, (reperibile su www.lcii.eu); Cour d'appel de Paris, decisione n. PI4084000776, del 7 dicembre 2015, *Uber France / DGCCRF*, (reperibile su www.legalis.net); Tribunale di Roma, ordinanza n. 25857/2017, del 26 maggio 2017 (reperibile su www.ilssole24ore.com); Tribunale di Milano, ordinanza n. 16612/2015, del 25 maggio 2015 (reperibile su www.tuttocamere.it); Tribunale Ordinario di Torino, Sezione Lavoro, sentenza n. 778/2018 pubblicata il 7 maggio 2018 (reperibile su www.lavorosi.it).

⁵¹ Direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione.

plinato dalla direttiva 2000/31⁵². Per giungere a questa conclusione, il ragionamento dell'Avvocato generale può essere scomposto in due parti. In prima battuta, partendo dall'esame del funzionamento di Uber, egli riconosce che i requisiti per rientrare nell'ambito di applicazione materiale degli atti summenzionati non sono rispettati nella misura in cui per quanto il servizio offerto da Uber sia prestato dietro remunerazione e su richiesta del beneficiario, esso non è fornito né a distanza né tramite un mezzo elettronico. Effettivamente, si tratta di un servizio composito che, per quanto richiedibile tramite un'app, viene erogato in natura – trasportando quindi il passeggero su un'autovettura verso una destinazione da questi indicata – e in presenza di entrambe le parti, annullando quindi il requisito della distanza fisica. Di conseguenza, Uber non può essere classificato come servizio della società dell'informazione né, pertanto, rientrare tra le attività coperte dalla direttiva 2000/31. In seconda battuta, l'Avvocato generale configura Uber come un prestatore di servizi di trasporto. Ciò preclude, a sua volta, sia l'applicazione della direttiva 2006/123⁵³ sia quella dell'art. 56 TFUE, rimandando invece al titolo VI del Trattato. L'avvocato generale afferma che non avendo l'Unione ancora esercitato la propria competenza concorrente in materia di trasporti (art. 4, lett. g, TFUE), l'eventuale disciplina di Uber e, per esteso, delle piattaforme operanti nel settore, è lasciata agli Stati membri. La Corte conferma interamente questa analisi.

Un ultimo elemento, non valutato dalla Corte, è l'analisi che l'Avvocato generale fa del legame che si instaura tra Uber e i propri autisti. Sebbene egli lo descriva dettagliatamente, giunge inaspettatamente alla conclusione che esso non costituisca un rapporto di lavoro. A tal proposito, si impongono altre due considerazioni. In primo luogo, la relazione tra Uber e gli autisti sembra configurare le condizioni di direzione, controllo, remunerazione e stabilità che la giurisprudenza ha identificato come pertinenti a un rapporto di lavoro subordinato secondo l'art. 45 TFUE⁵⁴. Questa lettura è confermata dal fatto che recentemente la Corte sembra accettare che in presenza di un rapporto di lavoro occasionale in qualità di fattorino, anche le imprese della c.d. *gig economy* devono riconoscere ai propri lavoratori il diritto alle ferie pagate⁵⁵. Contrariamente a un approccio così convincente, la giurisprudenza delle corti nazionali sembra ancora oscillante. Per esempio, mentre nel Regno Unito è stato deciso che la relazione tra Uber e i suoi autisti integra un vero e proprio rapporto di lavoro⁵⁶, il Tribunale di Torino ha stabilito che i fattorini impegnati nella

⁵² Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»). Vedi anche G. PEARCE, N. PLATTEN, *Promoting the Information Society: The EU Directive on Electronic Commerce*, in *European Law Journal*, 2000, p. 363 ss.; I. WALDEN, *Regulating Electronic Commerce: Europe in the Global E-Economy*, in *European Law Review*, 2001, p. 529 ss.; A. LOPEZ-TARRUELLA, *A European Community Regulatory Framework for Electronic Commerce*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 1337 ss.

⁵³ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno.

⁵⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 3 luglio 1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum*; del 26 febbraio 1992, causa C-357/89, *Raulin*; del 19 novembre 2002, causa C-188/00, *Kurz*; del 6 novembre 2003, causa C-413/01, *Franca-Ninni Orasche*; del 4 giugno 2009, cause riunite C-22/08 e C-23/08, *Vatsouras*.

⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 29 novembre 2017, causa C-214/16, *King*.

⁵⁶ Sentenza del Central London Employment Tribunal, del 28 ottobre 2016, causa 2202551/2015 & others, *Aslam, Farrar & others v Uber* (reperibile su www.judiciary.uk); sentenza del Central London

consegna a domicilio per gli operatori della *gig economy*⁵⁷ non possono considerarsi lavoratori subordinati⁵⁸.

Le differenze tra le piattaforme collaborative e quelle *tout court* sono quindi profonde ma, soprattutto, difficili da dipanare a causa delle loro molteplici intersezioni. Per quanto se ne trovi solo un rapido riferimento nei lavori che hanno portato all'adozione della Proposta⁵⁹, potrebbe essere proprio per questi motivi che la Commissione ha preferito concentrarsi sugli utenti commerciali delle piattaforme di intermediazione. Ciononostante, inizia a registrarsi un diffuso e crescente consenso istituzionale sulla necessità di regolare – con quali strumenti e con quali scopi è una questione separata che meriterebbe ben più ampie riflessioni – l'economia collaborativa come testimoniato dalle risoluzioni del Parlamento⁶⁰ e del Comitato delle Regioni⁶¹. Parimenti, nella letteratura specifica, mentre alcuni autori sembrano propendere per un'opzione regolamentare⁶², altri avallano un approccio più cauto⁶³ in linea con la comunicazione della Commissione; altri, infine, preferiscono opzioni di autoregolamentazione⁶⁴.

Al momento in cui si scrive, nonostante le sollecitazioni accademiche e istituzionali, non si hanno ancora notizie di un possibile intervento in tal senso da parte della Commissione. E tale reticenza sembra confermata anche dalla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale⁶⁵ (in séguito: la Revisione) dove non c'è traccia di proposte legislative in cantiere ma si sottolinea ancora l'importanza dell'economia collaborativa⁶⁶ e la necessità di studiarla anche

Employment Tribunal, del 5 gennaio 2017, causa 2202512/2016, *Ms Dewhurst* (reperibile su www.clydeco.com).

⁵⁷ Si rimanda per tutti a V. DE STEFANO, *The Rise of the "Just-In-Time Workforce": On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the "Gig Economy"*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, p. 471 ss.

⁵⁸ Tribunale Ordinario di Torino, Sezione Lavoro, sentenza n. 778/2018 pubblicata il 7 maggio 2018 (reperibile su www.lavorodirittieuropa.it).

⁵⁹ Vedi Documento di lavoro dei servizi della Commissione. Sintesi della valutazione d'impatto che accompagna il documento Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, SWD/2018/139 final – 2018/0112 (COD), p. 4.

⁶⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 su un'agenda europea per l'economia collaborativa (2017/2003(INI)), P8_TA(2017)0271.

⁶¹ Parere del Comitato delle Regioni del 7 dicembre 2016, n. 4163/2016 ECON-VI/016, economia collaborativa e piattaforme online: una visione condivisa di città e regioni.

⁶² G. SMORTO, *Critical assessment*, cit., p. 21-23; P. VAN CLEYNENBREUGEL, *op. cit.*, p. 721-722; M. INGLESE, *The Collaborative Economy Legal Conundrum: a Way Forward Through Harmonization*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2018, p. 375 ss.

⁶³ V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy*, cit., p. 211-227.

⁶⁴ M. FINCK, *Digital Co-Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, in *European Law Review*, 2018, p. 47 ss.; M. CANTERO GAMITO, *Regulation.com. Self-Regulation and Contract Governance in the Platform Economy: a Research Agenda*, in *European Journal of Legal Studies*, 2017, p. 53 ss.

⁶⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Comitato al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 10 maggio 2017, Sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale. Un mercato unico digitale connesso per tutti COM(2017)228 fin.

⁶⁶ Vedi anche Flash Eurobarometer 438: The use of collaborative platform, 2016, reperibile *online*. Sull'uso dei sondaggi si rimanda a R. BOGNI, *The Role of Eurobarometer Surveys in the Communication Policy of the European Union*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 653 ss.

grazie alla formazione di un gruppo di esperti sull'economia delle piattaforme digitali⁶⁷.

4. La Proposta è da ricondursi alle azioni legislative intraprese dalla Commissione in seguito alla Revisione della Strategia. Essa ribadisce che le piattaforme *online* creano nuove opportunità di mercato soprattutto per le piccole e medie imprese operando come intermediari nell'accesso alle informazioni, ai contenuti e al commercio *online*. La Revisione, stavolta in riferimento alla comunicazione sulle piattaforme *online*, afferma che gli obiettivi da perseguire sono essenzialmente due, ossia garantire un ambiente digitale equo e favorevole per le innovazioni e rimuovere i contenuti illeciti⁶⁸. Per quel che riguarda il primo aspetto – quello che più interessa in questa sede – le consultazioni condotte dalla Commissione⁶⁹ hanno evidenziato che gli utenti commerciali hanno espresso particolari preoccupazioni per la pratica del *delisting* immotivato accompagnato dall'impossibilità di contestare la decisione della piattaforma. Inoltre, sembra che alcune di esse favoriscano i propri beni e servizi a discapito di quelli degli utenti commerciali limitandone l'accesso ai dati personali e alle informazioni in loro possesso. Infine, viene lamentata una certa assenza di trasparenza nella gestione del posizionamento nei motori di ricerca – aspetto essenziale dal momento che influisce sul volume di affari di ogni operatore – e nella legislazione applicabile alle transazioni. Più nel dettaglio, si rimarca l'impossibilità di avere accesso a mezzi di ricorso rapidi ed effettivi, anche di carattere non giurisdizionale. Tenendo in considerazione le osservazioni fornite dalle parti interessate, la Commissione afferma quindi di voler preparare azioni per rispondere alle esigenze degli operatori commerciali anticipando che queste potrebbero anche portare all'emanazione di uno strumento legislativo.

Circa 11 mesi dopo la Revisione, la Commissione ha trasmesso al Parlamento e al Consiglio la Proposta. Nel memorandum esplicativo la Commissione presenta i seguenti elementi. La Proposta intende coprire le attività dei mercati del commercio elettronico, gli store di applicazioni software e i social media. Questi aspetti, per le ragioni sopra evidenziate e in base ai risultati delle consultazioni pubbliche, sono di particolare rilevanza nelle relazioni *business-to-business* (B2B). Tuttavia, anche considerando che in questo specifico contesto le piattaforme operano in mercati multilaterali, diventa più appropriato parlare di relazioni *platform-to-business* (P2B). Come la stessa Commissione evidenzia, in tale ambito l'unico strumento legislativo operante, seppure con evidenti limitazioni dovute al suo campo di applicazione *ratione materiae*, è la direttiva 2006/114 la quale, dunque, non è sufficiente a garantire la correttezza e la trasparenza delle relazioni P2B.

La Commissione ha proceduto speditamente all'esame del rispetto dei principi di sussidiarietà, proporzionalità e all'idoneità dell'art. 114 TFUE come base giuridica. La Proposta è parte integrante della strategia per il completamento del mercato unico digitale, l'elemento transfrontaliero è connaturato alla struttura multilaterale

⁶⁷ Commission decision of 26 April 2018 on setting up the group of experts for the Observatory on the Online Platform Economy, C(2018) 2393 final (disponibile solo in lingua inglese).

⁶⁸ Vedi ec.europa.eu/info/consultations, reperibile *online*.

⁶⁹ Vedi ec.europa.eu/info/law, reperibile *online*.

e immateriale di tale mercato mentre la sua frammentazione è tale da consentire un utilizzo appropriato dell'art. 114 TFUE⁷⁰.

Mentre la sussidiarietà sembra efficacemente dimostrata grazie all'intrinseca natura transfrontaliera dei servizi digitali, gli aspetti concernenti la proporzionalità sembrano invece più interessanti. Considerando che un regolamento, per definizione, impone direttamente a tutti i propri destinatari i medesimi obblighi sembra poco coerente con la scelta dell'atto affermare che le piattaforme rimangono libere di determinare specifiche condizioni tramite codici di buona condotta. Non si comprende poi se questi ultimi si riferiscano alle relazioni P2B ovvero, più genericamente, alla c.d. *netiquette* sul corretto utilizzo di internet. Inoltre, per quanto la Proposta dichiara che questo approccio regolamentare rispetti le caratteristiche del mercato unico digitale e, soprattutto, sia ritagliato sulle peculiarità degli operatori economici, si afferma poi che le piccole e medie imprese⁷¹ ne sono escluse.

Sembra quindi che la Proposta abbia una struttura flessibile e duplice: da un lato, essa cerca di contribuire al completamento del mercato in maniera uniforme; dall'altro, prevede obblighi differenziati, *rectius*, attenuati, per gli operatori economici di dimensioni ridotte al fine di non scoraggiarli a competere per via di condizioni regolamentari troppo onerose da rispettare. Questa strategia normativa sembra, dunque, di carattere puntiforme⁷², evitando gli estremi di un'armonizzazione massima e minima in favore di un approccio cauto e adeguato ai mercati digitali e agli operatori che li utilizzano.

Per quel che riguarda gli aspetti sostanziali della Proposta, la Commissione ne sottolinea il rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, quello a un rimedio effettivo ed entro un termine ragionevole secondo l'art. 47 della Carta⁷³. Inoltre, poiché essa si rivolge esclusivamente agli utenti commerciali, si evidenzia anche l'importanza del richiamo alla libertà d'impresa secondo l'art. 16 della Carta⁷⁴.

La Commissione chiarisce che la Proposta si è resa necessaria a causa della crescita degli squilibri di potere venutisi a creare tra le piattaforme e i propri utenti commerciali che, come si è visto, potrebbero condurre all'adozione di pratiche commerciali scorrette.

È poi interessante notare l'apertura del 9° 'considerando' della Proposta verso le piattaforme collaborative nelle quali operano utenti commerciali. Tale apertura, come si è avuto modo di argomentare nel paragrafo precedente, sembra in grado di generare una notevole incongruenza per il completamento del mercato unico digitale per almeno due ordini di ragioni. In primo luogo, allo stadio attuale del suo

⁷⁰ Nell'ampia letteratura sull'armonizzazione del mercato interno tramite l'art. 114 TFUE, si rimanda interamente a S. WEATHERILL, *The Limits of Legislative Harmonisation Ten Years after Tobacco Advertising: how the Court's Case Law Has Become a "Drafting Guide"*, in *German Law Journal*, 2011, p. 827 ss.

⁷¹ Secondo l'art. 2 dell'allegato alla raccomandazione della Commissione del 6 maggio 2003 relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese, si definiscono come tali, rispettivamente, quelle che occupano meno di 10 persone e realizzano un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di EURO; quelle che occupano meno di 50 persone e realizzano un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di EUR.

⁷² K. HAVU, *op. cit.*, pp. 156 e 158.

⁷³ D.P. DOMENICUCCI, F. FILPO, *Articolo 47. Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI *et al.* (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 864 ss.

⁷⁴ C. MALBERTI, *Libertà d'impresa*, in R. MASTROIANNI *et al.* (a cura di), *op. cit.* p. 310 ss.

sviluppo, sembra arduo, se non addirittura impossibile, distinguere tra un prestatore di servizi professionale e uno non professionale operante in una piattaforma collaborativa rendendo, di fatto, di difficile interpretazione il campo di applicazione materiale della Proposta. A tal proposito, occorre aggiungere altri due distinguo.

Secondo la comunicazione sull'economia collaborativa, i criteri per verificare se una piattaforma operi anche come fornitrice del servizio sottostante sono l'imposizione del prezzo, la determinazione unilaterale di termini e condizioni e la proprietà dei beni essenziali per la prestazione del servizio. L'elaborazione di tali criteri è contenuta nel *critical assessment* della comunicazione sull'economia collaborativa ma è chiaro che debbano essere verificati caso per caso e in concreto. Inoltre, essi risultano di applicazione pratica ancora più ardua soprattutto nella misura in cui alla piattaforma venga richiesto il possesso dei mezzi o delle strutture per facilitare lo scambio di beni e servizi. In altre parole, è come se si chiedesse a Uber di avere un proprio parco auto o ad Airbnb di possedere appartamenti in tutto il mondo. Non è quindi un caso che la comunicazione sull'economia collaborativa è stata criticata per essere troppo favorevole verso le piattaforme⁷⁵. In secondo luogo, mentre la relazione P2B verrebbe disciplinata dalla Proposta, quella B2C si appoggerebbe sull'*acquis* in materia di diritti dei consumatori. Ciò porterebbe a una conseguenza a tratti paradossale: da un lato, agli utenti commerciali è garantito un regime di tutele forti nei confronti delle piattaforme; dall'altro, i consumatori si troverebbero in una sorta di limbo essendo di fatto arduo comprendere se il servizio sia stato prestato dalla piattaforma stessa, da un utente commerciale ovvero da un altro consumatore.

Come già più volte menzionato, dato il carattere transfrontaliero dei servizi di intermediazione *online*, la Proposta si applica alle piattaforme che siano stabilite nel territorio dell'Unione o che offrano i loro servizi al suo interno (art. 2), rimanendo assoggettate alla legislazione dello Stato membro dal quale operano, in ossequio al principio del paese di origine.⁷⁶

Mentre la Proposta non contiene una definizione di piattaforma, indugia invece nell'elencare tutte le altre nozioni. Così, in rapida successione, si hanno quelle di utente commerciale, servizio di intermediazione *online* – ricalcato sulla scorta di servizio della società dell'informazione secondo la direttiva 2015/1535 –, prestatore di servizi, fornitore di servizi di intermediazione *online*, motore di ricerca *online*, utente titolare di sito web aziendale, posizionamento e termini e condizioni.

La Proposta approfondisce quest'ultimo aspetto all'insegna della trasparenza e dell'enucleazione degli obblighi delle piattaforme nei confronti degli utenti commerciali. Ora, nonostante la natura contrattuale autonoma dei termini e delle condizioni sembra essere stata esclusa⁷⁷ e la Proposta non offra suggerimenti in merito, l'art. 2, par. 10, li definisce come gli elementi, aventi qualunque forma, che regolano la relazione contrattuale P2B e sono unilateralmente determinati dalla piattaforma stessa. L'art. 3 impone che essi siano scritti in un linguaggio chiaro e non ambiguo, siano facilmente accessibili e soprattutto contengano gli aspetti che permettano di sospendere il servizio in caso di inadempimento. Di conseguenza, l'art. 4 prevede

⁷⁵ C. CAUFFMAN, *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (too) platform and service provider friendly*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, p. 235 ss.

⁷⁶ P. SCHAMMO, *Home Country Control With Consent: a New Paradigm for Ensuring Trust and Cooperation in the Internal Market?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013, p. 467 ss.

⁷⁷ P. JACEK PALKA, *op. cit.*, p. 160-161.

che in questo caso l'operatore ne debba essere informato tempestivamente e con una decisione motivata. Ciò sembra quindi garantire che sia un essere umano a prendere una tale decisione e non un algoritmo anche perché questa deve contenere un riferimento dettagliato ai fatti. I termini e le condizioni devono enucleare i parametri in grado di determinare il posizionamento dell'attività dell'utente commerciale nei motori di ricerca. Inoltre, essi devono indicare se sia possibile influenzarlo attraverso pagamenti in denaro ovvero altre forme di remunerazione diretta o indiretta (art. 5, par. 2). Ancora, essi devono precisare se la piattaforma offre gli stessi servizi dei propri utenti commerciali ed eventualmente a quali condizioni (art. 6) e l'accesso ai dati (art. 7).

La formulazione e il contenuto dell'art. 8 desta invece qualche perplessità. La norma prescrive che i termini e le condizioni debbano esplicitare se agli utenti commerciali sia impedito di prestare i propri servizi tramite altre piattaforme, configurando quindi il divieto di c.d. *multihoming*. A lungo andare, ciò potrebbe consentire alle piattaforme di acquisire una posizione dominante nel mercato multilaterale di riferimento. Gli articoli 9-11 si occupano di regolare le controversie tra la piattaforma e i propri utenti commerciali – fatte sempre salve le piccole e medie imprese – prevedendo che siano inseriti dei sistemi interni di mediazione stragiudiziale obbligatoria⁷⁸. L'art. 12 prevede, infine, che le associazioni dei professionisti possano iniziare azioni giudiziarie contro le piattaforme che non rispettano le previsioni normative del regolamento.

Sembra quindi possibile affermare che la Proposta si limiti a normare in maniera dettagliatissima il contenuto dei termini e delle condizioni, all'insegna della trasparenza e della certezza giuridica. Rimane comunque assodato che tali regole si applichino agli utenti commerciali mentre i consumatori ne siano esclusi. Forse, come da più parti sottolineato, sarebbe stato idoneo prevedere simili meccanismi anche per loro⁷⁹. Più in generale, sarebbe forse opportuno ripensare interamente il rapporto tra le piattaforme e i propri utenti, siano essi commerciali o semplici consumatori. Mentre è stato efficacemente sostenuto che una regolamentazione *ad hoc* sia comunque necessaria a tutela dei consumatori⁸⁰, non si comprende il motivo per il quale tali iniziative tardino ad imporsi a livello legislativo.

Queste osservazioni consentono di trarre alcune prime parziali conclusioni sul contenuto e sulla bontà della Proposta nell'ambito dell'attuale assetto normativo del mercato unico digitale.

La tutela dei consumatori è esclusa dal campo di applicazione *ratione materiae* e *ratione personae* della Proposta. La loro protezione è, quindi, di natura indiretta, come testimoniato dal 2° 'considerando' a tenore del quale i fornitori di servizi che agiscono in maniera unilaterale rischiano di danneggiare, per l'appunto indiretta-

⁷⁸ Vedi anche per un utile parallelo L. GAROFALO, *ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 247 ss.

⁷⁹ R. MOMBERG, *Standard Terms and Transparency in Online Contracts*, in A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016, p. 189 ss.

⁸⁰ C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, p. 3 ss.; V. MAK, *Regulating Online Platforms – The Case of Airbnb*, in S. GRUNDMANN (ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge, 2017, p. 87 ss.

mente, anche i consumatori. Questo rapporto indiretto è ribadito anche nel terzo considerando per quel che riguarda il posizionamento dei risultati nei motori di ricerca. Più in generale, a livello di tecnica normativa, la Proposta fa interamente salvo e completo riferimento all'*acquis* in materia di tutela dei consumatori. A tal proposito, è utile segnalare che gli orientamenti per l'attuazione della direttiva 2005/29⁸¹ distinguono tra l'ipotesi in cui una piattaforma operi come un professionista o quando invece siano i suoi utenti, evidentemente commerciali, ad esserlo. Una tale distinzione avrebbe potuto essere ripresa anche dalla Proposta, contribuendo in un'ultima analisi a evitare ulteriori incertezze.

Per quel che riguarda invece gli aspetti relativi alla concorrenza, la relazione introduttiva alla Proposta chiarisce subito che le piattaforme leader di mercato non sono necessariamente dominanti nel senso dell'art. 102 TFUE. In maniera analoga rispetto alla protezione dei consumatori, anche qui la disciplina della concorrenza è fatta interamente salva.

Per ora, si nota come la Proposta vada ad occupare⁸² in maniera precisa un particolare settore del mercato unico digitale nel quale d'ora in poi gli Stati non potranno più legiferare.

5. Le iniziative della Commissione volte al completamento del mercato unico digitale sono da apprezzare per diversi motivi. In primo luogo, sono coerenti con l'obiettivo da raggiungere, ossia evitare una frammentazione normativa su base nazionale che condurrebbe a ridurre le opportunità per i cittadini dell'Unione. In secondo luogo, sono efficacemente ritagliate sui vari casi specifici al fine di affrontare singolarmente le sue molteplici sfaccettature. In terzo luogo, fanno parte di un pacchetto organico di misure legislative. Sembra quindi che nulla sia lasciato al caso e che, anzi, ci si muova verso una dimensione di coerenza e organicità. È interessante inoltre notare che il nucleo duro della risoluzione delle controversie è affidato a meccanismi stragiudiziali gestiti direttamente dalle piattaforme, sulla falsariga di quanto già possibile per i consumatori⁸³. Tali sistemi sono del resto applicabili anche nell'economia collaborativa per dirimere le eventuali controversie sorte tra pari o tra uno di essi e la piattaforma⁸⁴.

⁸¹ Documento di lavoro dei servizi della Commissione. Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali, SWD(2016) 163 final che accompagna il documento Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni. Un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa, COM(2016)320 fin.

⁸² A. ARENA, *The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen*, Jean Monnet Working Paper, 2010, p. 1 ss.

⁸³ G.M. RUOTOLO, *La soluzione delle controversie online dei consumatori nell'Unione europea tra armonizzazione e diritto internazionale privato*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 359 ss.; P. CORTÉS, A.R. LODDER, *Consumer Dispute Resolution Goes Online: Reflections on the Evolution of European Law for Out-Of-Court Redress*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, p. 14 ss.; J. HÖRNLE, *Encouraging Online Alternative Dispute Resolution (ADR) in the EU and Beyond*, in *European Law Review*, 2013, p. 187 ss.; I. BARRAL-VINALES, *E-Consumers and Effective Protection: the Online Dispute Resolution System*, in J. DEVENNEY, M. KENNY (eds.), *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Cambridge, 2012, p. 82 ss.

⁸⁴ H. SCHEIWE, A.L. KOOL, *You Help Me, He Helps You: Dispute Systems Design in the Sharing Economy*, in *Washington University Journal of Law & Policy*, 2015 p. 179 ss.

Le piattaforme digitali, come questo contributo ha cercato di evidenziare, sono un elemento essenziale del mercato unico digitale presentando al legislatore – tanto a quello dell’Unione, quanto a quelli degli Stati membri – sfide regolamentari fino a pochi anni fa non previste e affrontate ancora in modo parziale. Se, per esempio, in Italia un disegno di legge è fermo presso la Commissione trasporti e attività produttive della Camera dei deputati dal 2016⁸⁵, in Francia è stata di recente emanata una nuova legge⁸⁶ e il Belgio ha già provveduto a normare la materia⁸⁷. Mentre la Commissione si preoccupa quindi di regolare il modello imprenditoriale di piattaforma, i maggiori problemi aperti riguardano quelle collaborative. A questo punto, perché non approfittare dell’occasione per emanare un atto volto a regolamentarle tutte?

Innanzitutto, la Commissione è intervenuta con un regolamento senza quindi preoccuparsi di salvaguardare le prerogative nazionali attraverso una più agile direttiva ma il cui recepimento avrebbe potuto comportare problemi applicativi, interpretativi e traspositivi. A vantaggio di questa scelta ha giocato la necessità di creare condizioni di crescita immediate nella misura in cui, come già evidenziato, vista la velocità di sviluppo del mercato unico digitale un’attesa ulteriore sarebbe probabilmente stata controproducente. Queste considerazioni sembrano, quindi, conformarsi al report su sussidiarietà e proporzionalità⁸⁸. Inoltre, i documenti di accompagnamento sottolineano con forza l’impatto economico e l’intrinseca natura transfrontaliera che quindi giustificano l’adozione di un regolamento.

Tuttavia, l’aver volontariamente escluso dal campo di applicazione della Proposta i rapporti tra gli utenti commerciali e i consumatori desta notevoli perplessità. Da un lato, infatti, sembra assodato che questi ultimi possano avvalersi delle tutele già previste da altri strumenti di diritto derivato – segnatamente, le direttive 2005/29, 2011/83⁸⁹ e 93/13⁹⁰ –; dall’altro lato, tuttavia, rimangono aperti i problemi interpretativi posti dal sempre più veloce sviluppo delle piattaforme collaborative. Ciò si riverbera nei rapporti C2C laddove le controversie saranno gestite tramite i sistemi posti in essere da queste ultime.

Esse, dunque, sono rimaste in un limbo che genera notevoli problemi per l’interprete ma anche per gli utenti e i consumatori. Se l’obiettivo della Commissione è completare il mercato unico digitale non può dunque non rilevarsi una mancanza di ambizione in questo senso, lasciando aperte le vere sfide che esso sta ponendo agli

⁸⁵ Disegno di legge 3564/2016, Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell’economia della condivisione. Vedi anche A. DE FRANCESCHI, *The Adequacy of Italian Law for the Platform Economy*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, p. 56 ss. Sembra potersi affermare che il disegno di legge sia stato abbandonato non essendoci altri riferimenti ad attività in corso; né, tantomeno, è stato ripreso nel corso della XVIII legislatura iniziata nel 2018.

⁸⁶ Loi n. 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁸⁷ Loi programme 1er juillet 2016.

⁸⁸ Report of the Task Force on Subsidiarity, Proportionality and “Doing Less More Efficiently”, reperibile *online*, www.dirittounione.europa.eu.

⁸⁹ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁹⁰ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

operatori economici e ai cittadini. Del resto, non è un caso che la Corte sia intervenuta in materia di piattaforme (asseritamente) collaborative e non di piattaforme *tout court*. Pare dunque possibile affermare che la giurisprudenza della Corte in materia, per ora limitata solo a due decisioni⁹¹, non sia ancora riuscita a influenzare le azioni della Commissione come avvenuto in passato in altri settori⁹². Probabilmente, sarebbe stato opportuno ancorare lo sforzo di regolare le piattaforme collaborative al c.d. *new deal* per i consumatori⁹³ di cui la proposta di direttiva per una migliore applicazione delle norme sulla tutela dei consumatori⁹⁴ è una componente cruciale.

In conclusione, la Proposta, come parte integrante della Strategia e suo ultimo sviluppo, costituisce un utile passo avanti nelle relazioni P2B. Ci si aspetta comunque un ulteriore sforzo politico e giuridico anche in materia di piattaforme collaborative ma è anche probabile che tali scelte saranno demandate alla futura agenda dell'amministrazione post Juncker.

Abstract

An Overview of the Proposal for a Regulation on Promoting Fairness and Transparency for Business Users of *Online* Intermediation Services: After Thunder Comes Rain

From 2015 onwards the Commission has been devoting great efforts to the goal of completing the Digital Single Market whose *online* platforms are an essential part. These efforts recently gave birth to a proposal for a regulation on promoting fairness and transparency for business users of *online* intermediation services. This paper wishes, first, to analyse the proposal in light of the Commission's (legal and political) goals and, second, verify whether collaborative platforms – given their particular features – can be regulated through legislative means.

⁹¹ Sentenze *Elite Taxi* e *Procedimento penale a carico di Nabil Bensalem*.

⁹² A. ARENA, *The Court of Justice as EU's Informal Agenda-Setter: The Judicialization of European Audiovisual Policy*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 285 ss.

⁹³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, dell'11 aprile 2018, Un "New Deal" per i consumatori, COM(2018)183 fin.

⁹⁴ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, la direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'UE relative alla protezione dei consumatori, COM(2018)185 fin.

Matteo Manfredi*

Il ruolo del Parlamento europeo nella disciplina degli scambi commerciali con i Paesi in via di sviluppo: il caso dell'SPG

SOMMARIO: 1. Il ruolo del Parlamento europeo nella politica commerciale comune. – 2. Il sistema di preferenze generalizzate quale strumento di politica commerciale e di aiuto allo sviluppo. – 3. Il sistema di preferenze generalizzate dell'Unione europea: il regolamento 978/2012 e il ruolo del Parlamento europeo. – 4. Il ruolo del Parlamento europeo nella fase di attuazione del sistema di preferenze generalizzate. – 5. Gli effetti del sistema di preferenze generalizzate dell'UE sui prodotti agricoli dei Paesi in via di sviluppo e meno avanzati. – 6. Gli effetti del sistema di preferenze dell'UE sui prodotti del mercato interno. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Il presente lavoro intende analizzare il ruolo del Parlamento europeo nella disciplina degli scambi commerciali con i Paesi in via di sviluppo (PVS) e meno avanzati (PMA), con particolare attenzione al sistema di preferenze generalizzate (SPG) dell'Unione europea.

Nell'ambito della politica commerciale comune il Parlamento europeo ha sempre avuto un ruolo secondario rispetto alla Commissione e al Consiglio. Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, il Parlamento era formalmente escluso dal processo decisionale della *trade policy*, che veniva definita semplicemente su proposta della Commissione e a maggioranza qualificata dal Consiglio. Esistevano solo delle procedure informali mediante le quali il Consiglio consultava il Parlamento in merito alla negoziazione e alla conclusione degli accordi commerciali¹.

La nuova formulazione dell'art. 207 TFUE ha, invece, innovato radicalmente il ruolo del Parlamento europeo nella definizione della politica commerciale dell'Unione. Da un lato, gli atti normativi di politica commerciale sono soggetti alla procedura legislativa ordinaria: Parlamento europeo e Consiglio agiscono quindi in

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

¹ Il Parlamento europeo veniva consultato dal Consiglio inizialmente solo per i negoziati degli accordi di associazione, c.d. *Luns procedure* (1964) e successivamente anche con riferimento agli altri accordi commerciali, c.d. *Westerterp procedure* (1973). Per un approfondimento si rimanda a L. VAN DE PUTTE, F. DE VILLE, J. ORBIE, *The European Parliament as an international actor in trade. From power to impact*, in S. STAVRIDIS, D. IRRERA (eds.), *The European Parliament and its International Relations*, Abingdon, 2015, pp. 52-66.

veste di co-legislatori; dall'altro, al Parlamento è chiesto di partecipare all'approvazione degli accordi internazionali dell'Unione². Il Trattato di Lisbona ha pertanto promosso una maggiore democraticità dei processi di decisione nell'ambito della politica commerciale comune³.

Sotto il profilo della produzione legislativa, l'art. 207, par. 2, TFUE stabilisce che il Parlamento ed il Consiglio, mediante procedura legislativa ordinaria, adottano misure che definiscono il quadro di attuazione della politica commerciale. Ciò significa che al Parlamento europeo sono conferiti poteri pari a quelli del Consiglio nell'adozione delle norme che regolano tra l'altro l'*anti-dumping*, la difesa commerciale, gli strumenti di *fair trade* quali la regolamentazione delle barriere al commercio e le regole di origine⁴.

Il Parlamento condivide con il Consiglio anche i poteri legislativi in materia di misure preferenziali autonome, quali lo schema del sistema di preferenze generalizzate, svolgendo un ruolo attivo, come meglio verrà analizzato nei successivi paragrafi. Pare utile sin d'ora sottolineare che l'SPG dell'Unione europea attualmente in vigore è stato adottato per la prima volta con un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio⁵, a differenza dei precedenti sistemi preferenziali che vennero adottati con un regolamento adottato dal solo Consiglio.

Riguardo all'assunzione di impegni internazionali, il Parlamento europeo svolge un ruolo più incisivo anche nella ratifica degli accordi. L'art. 218, par. 6, lett. a), TFUE stabilisce i casi in cui la "piena approvazione" del Parlamento è richiesta prima che il Consiglio concluda talune categorie di accordi⁶. Fra questi sono compresi anche quelli di natura commerciale, poiché in quel settore si applica sul piano interno la procedura legislativa ordinaria. Tale disposizione pone quindi nelle mani del Parlamento europeo un sostanziale potere di veto sul testo finale dell'accordo, senza però prevedere alcun canale formale attraverso cui il Parlamento possa influenzarne i contenuti nel corso dei negoziati⁷.

² R. BARATTA, *La politica commerciale comune dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, pp. 409-410; 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, pp. 81-101; G. ROSEN, *The impact of norms on political decision-making: how to account for the European Parliament's empowerment in EU external trade policy*, in *Journal of European Public Policy*, 2017, pp. 1450-1470.

³ Alcuni autori sostengono che il Trattato di Lisbona abbia introdotto un cambiamento epocale nella politica commerciale comune. Si vedano, ad esempio, P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, 2011, pp. 57-58; Y. DEVUYST, *European Union Law and Practice in the Negotiation and Conclusion of International Trade Agreements*, in *Journal of International Business and Law*, 2014, p. 259. Altri autori, invece, ritengono che il Tratto di Lisbona si sia limitato a codificare i poteri già riconosciuti al Parlamento europeo nell'ambito della politica commerciale comune. Tra questi si rimanda a A.R. YOUNG, *The Rise (and Fall?) of the EU's Performance in the Multilateral Trading System*, in *Journal of European Integration*, 2019, p. 719.

⁴ A. LANG, *Articolo 207 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., p. 1150 ss.

⁵ Regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio.

⁶ Art. 218, par. 6, TFUE.

⁷ G.M. RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col Sistema multilaterale degli scambi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 329 ss.; I. Go-

È tuttavia previsto in capo alla Commissione l'obbligo di tenere il Parlamento "immediatamente e pienamente informato in tutte le fasi della procedura"⁸. Tale previsione non è però dotata di carattere vincolante, operando esclusivamente a livello di correttezza politico-istituzionale.

A partire da questo pur ristretto margine, il Parlamento è riuscito, nel corso del tempo, a ritagliarsi un ruolo di sempre maggior peso, dando forma a uno stretto legame tra obbligo di informazione e consenso finale, funzionalizzando il primo al secondo, in modo tale non solo da riuscire ad aumentare il flusso di informazioni tra Commissione e Parlamento stesso, ma anche da rendere la minaccia del veto un efficace strumento per far sentire la propria voce *in itinere*, con la conseguente possibilità di influenzare, se non altro indirettamente, i negoziati anche dal punto di vista sostanziale⁹.

Il ruolo sempre maggiore del Parlamento nella politica commerciale comune è risultato particolarmente evidente in occasione della mancata approvazione di alcuni accordi internazionali negoziati dalla Commissione. Il Parlamento, ritenendo di non essere stato adeguatamente informato sul contenuto degli accordi, ha negato l'approvazione della conclusione del *Terrorist Finance Tracking Program* (TFTP) nel febbraio 2010, del Protocollo dell'Accordo di partenariato con il Marocco nel dicembre 2011 e dell'*Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA) nel giugno 2012¹⁰.

Il rafforzamento reciproco tra adeguata informazione e coinvolgimento parlamentare, da un lato, e consenso finale, dall'altro, che il Parlamento europeo è riuscito a imporre, ha consentito inoltre a tale Istituzione di operare un'efficace pressione sulla Commissione. Nel caso dei negoziati del *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) e del *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA)¹¹, il Parlamento europeo è infatti riuscito ad ottenere un elevato

VAERE, *To Give or to Grab: The Principle of Full, Crippled and Split Conferral of Powers Post-Lisbon*, in M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford, 2018, p. 83 ss.

⁸ Art. 218, par. 10, TFUE. Tale obbligo è specificato, in relazione alla politica commerciale comune, dall'art. 207, par. 3, terzo periodo, TFUE, secondo cui la Commissione è tenuta a riferire "periodicamente" al Parlamento europeo sui progressi dei negoziati. L'unico accenno ad una influenza più incisiva del Parlamento è contenuto al punto 3 dell'allegato III dell'Accordo-quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea, secondo cui quest'ultima "tiene in debito conto le osservazioni del Parlamento durante le negoziazioni" e "tiene informata la commissione parlamentare responsabile circa l'evoluzione dei negoziati e, in particolare, illustra in che modo le osservazioni del Parlamento siano state tenute in considerazione".

⁹ J. HILLMAN, D. KLAIMANN, *Trading places: the new dynamics of EU trade policy under the treaty of Lisbon*, in *Economic Policy Paper Series, The German Marshall Fund of the United States*, 2010, www.ssrn.com; S. WOOLCOCK, *Trade policy: policy-making after the treaty of Lisbon*, in H WALLACE, M.A. POLLACK, A.R. YOUNG (eds.), *Policy-making in the European Union*, Oxford, 2015, pp. 388-406.

¹⁰ Per un approfondimento si rinvia a D. MATTHEWS, *The rise and fall of the anti-counterfeiting agreement (ACTA): Lessons for the European Union*, Queen Mary University of London, School of Law – Legal Studies Research Paper, n. 127, 2012, www.papers.ssrn.com; M. KRAJEWSKI, *New functions and new powers for the European Parliament: Assessing the changes of the common commercial policy from the perspective of democratic legitimacy*, in M. BUNGENBERG, C. HERRMANN (eds.), *Common commercial policy after Lisbon*, Berlino, 2013, pp. 67-87; A. RIPOLL SERVENT, *The Role of the European parliament in international negotiations after Lisbon*, in *Journal of European Public Policy*, 2014, pp. 568-586.

¹¹ Nel corso dei negoziati sul TTIP, il Parlamento europeo adottò la risoluzione del 23 maggio 2013, nella quale si richiama la Commissione al "suo obbligo di informare rapidamente ed esaustivamente il Parlamento in tutte le fasi dei negoziati (prima e dopo i cicli di negoziato)" (par. 23), ricordando altresì "che al Parlamento sarà chiesta l'approvazione del futuro accordo di partenariato transatlantico in materia di scambi commerciali e investimenti, come previsto dal trattato sul funzionamento dell'Unione europea e, che di conseguenza, bisognerà tenere conto delle sue posizioni in tutte le fasi" (par. 25). Per

grado di trasparenza nelle trattative sugli accordi, aprendo uno spazio concreto per un controllo *in itinere* dell'operato della Commissione, in un ambito che si presenta allo stesso tempo come altamente specialistico e con importanti ricadute economiche e sociali¹².

È di tutta evidenza, quindi, che il ruolo del Parlamento sta diventando sempre più rilevante nelle relazioni commerciali tra Unione europea e Stati terzi. Il maggior coinvolgimento del Parlamento ha contribuito a rendere i negoziati per la conclusione di accordi commerciali più trasparenti e più accessibili ai cittadini dell'UE. Inoltre, il Parlamento europeo, come si vedrà meglio nei paragrafi successivi, è l'Istituzione che più si fa promotrice degli interessi dei gruppi e delle associazioni di categoria degli Stati membri¹³. Questo aspetto è emerso chiaramente nell'approvazione del regolamento 978/2012/UE relativo al sistema di preferenze tariffarie generalizzate, in cui il Parlamento europeo ha apportato delle modifiche alla proposta della Commissione valorizzando le clausole di salvaguardia a protezione dei produttori dell'UE¹⁴.

Se quindi da un lato il coinvolgimento del Parlamento europeo nella politica commerciale comune può favorire più trasparenza nei negoziati, oltre che limitare la discrezionalità della Commissione, dall'altro lato, potrebbe rappresentare un ostacolo al libero commercio, soprattutto qualora la maggioranza dei suoi componenti sia contraria alla conclusione di accordi di libero scambio o a regimi tariffari preferenziali per determinati prodotti provenienti da Stati terzi, per motivi socio-economici o per proteggere i mercati nazionali o specifici settori del mercato interno¹⁵.

I successivi paragrafi cercheranno di chiarire se il ruolo del Parlamento europeo nel sistema di preferenze generalizzate dell'UE sia idoneo a promuovere una politica commerciale coerente con i principi fondanti l'azione esterna dell'Unione, tra i quali la tutela dei diritti umani, dell'ambiente e la realizzazione dello sviluppo sostenibile nel mercato globale.

2. Al fine di comprendere il contributo del Parlamento europeo all'SPG dell'Unione europea, è opportuno prendere brevemente in considerazione il ruolo dei sistemi di preferenze generalizzate nell'OMC. Come noto, l'esigenza di stabilire una disciplina diversa e più favorevole ai Paesi in via di sviluppo, al fine di agevolare la partecipazione al sistema multilaterale degli scambi commerciali, ha posto sin da subito la questione della compatibilità delle preferenze generalizzate con i principi fondamentali del GATT, in *primis*, l'obbligo di non discriminazione tra le

quanto riguarda i negoziati sul CETA, si rinvia alla risoluzione del Parlamento europeo dell'8 giugno 2011 e al documento del Parlamento europeo, *In-depth analysis: Negotiations on the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) concluded*, 2014, www.europarl.europa.eu.

¹² C. ROEDERER-RYNNING, *Parliamentary assertion and deep integration: the European parliament in the CETA and TTIP negotiations*, in *Cambridge Review of International Affairs*, 2017, pp. 507-526; G.M. RUOTOLO, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, Bari, 2017, p. 187 ss. Per un approfondimento sui negoziati TTIP e la tutela dei diritti sociali si rinvia a C. DI TURI, *L'Unione europea i negoziati per il partenariato transatlantico sul commercio e gli investimenti (TTIP): quale tutela per i diritti di lavoratori?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, pp. 413-426.

¹³ W. LEHMANN, *The European Parliament*, in D. COEN, J. RICHARDSON (eds.), *Lobbying in the European Union: Institutions, Actors, and Issues*, Oxford, 2009, pp. 39-69.

¹⁴ Sul punto si rinvia al par. 6.

¹⁵ M. KRAJEWSKI, *The Reform of the Common Commercial Policy*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2013, pp. 292-311.

Parti contraenti dell'Accordo e l'obbligo di garantire tra di esse l'uguaglianza di trattamento espresso nella clausola della nazione più favorita prevista dall'art. I¹⁶.

Proprio per questo, le Parti contraenti approvarono una delibera con cui si introduceva nel GATT la c.d. *enabling clause* (clausola di abilitazione), attraverso la quale si stabilì che il trattamento preferenziale e più favorevole nei confronti dei Paesi in via di sviluppo rientrasse nel quadro di una deroga permanente alla clausola della nazione più favorita sancita dall'art. I GATT¹⁷. Tale deroga è ammissibile a condizione che i Paesi sviluppati, nel predisporre l'SPG dimostrino di rispettare alcune condizioni formali e sostanziali. Nello specifico, il par. 3, lett. c) della clausola di abilitazione stabilisce che deve trattarsi di un sistema di preferenze generalizzate costruito non al fine di creare indebiti ostacoli al commercio di altri Stati ma allo scopo di promuovere e facilitare il commercio dei PVS e "to respond positively to the development, financial and trade needs of developing countries"¹⁸.

Il modello di preferenze generalizzate che emerge dalla clausola di abilitazione non è unico, ma rappresenta una fonte di ispirazione per i singoli Stati disponibili a stabilire in via unilaterale i loro schemi preferenziali¹⁹. La diversità dei trattamenti adottati e soprattutto la presenza di regimi speciali all'interno del sistema delle preferenze generalizzate è stata oggetto di numerosi dibattiti in sede OMC, a partire dall'interpretazione della clausola di abilitazione²⁰. Essa da una parte stabilisce che le preferenze non devono essere discriminatorie²¹ e dall'altra riconosce espres-

¹⁶ Sul punto si vedano in generale: P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, p. 449 ss.; C. DORDI, *La discriminazione commerciale nel diritto internazionale*, Milano, 2002, p. 253 ss.; F. BESTAGNO, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in U. DRAETTA, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA (a cura di) *Il diritto delle Organizzazioni internazionali. Parte speciale*, Milano, 2011, pp. 251-288; S. SANNA, *Il GATT 1994 e gli accordi in materia doganale*, in G. VENTURINI (a cura di), *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2015, pp. 23-63.

¹⁷ GATT, *Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries*, L/4903, 28 novembre 1979. L'ambito di applicazione della clausola risulta estendersi a "preferential tariff treatment accorded by developed (...) parties to products originating in developing countries in accordance with the Generalized System of Preferences" (art. 2, lett. a); "non-tariff measures governed by the provisions of instruments multilaterally negotiated under the auspices of the GATT" (art. 2, lett. b); "regional or global arrangements entered into amongst less-developed contracting Parties for the mutual reduction or elimination of tariffs and non-tariff-measures" (art. 2, lett. c), "special treatment of the least developed among the developing countries" (art. 2, lett. d). Per un approfondimento si veda, *ex multis*, A.K. KOUL, *Guide to the WTO and GATT. Economics, Law and Politics*, L'Aia, 2005, p. 576 ss.

¹⁸ La previsione più rilevante della clausola di abilitazione è certamente quella contenuta nel par. 3 c), che afferma: 1) contracting parties may accord differential and more favourable treatment to developing countries, without according such treatment to other contracting parties; 2) this differential and more favourable treatment shall be designed to facilitate and promote the trade of developing countries and not to raise barriers to or create undue difficulties for the trade of any other contracting parties; 3) which shall be designed and, if necessary, modified, to respond positively to the development, financial and trade needs of developing countries; and 4) this exception is based on the 1971 GSP Waiver²⁵ relating to the establishment of "generalized, non-reciprocal and non-discriminatory preferences beneficial to the developing countries".

¹⁹ I Paesi industrializzati che al momento hanno adottato schemi SPG sono 13: Unione europea, Australia, Bielorussia, Canada, Giappone, Nuova Zelanda, Norvegia, Russia, Svizzera, Turchia, USA, Islanda, Kazakistan. Per informazioni più dettagliate su ciascuno di questi schemi, si vedano le pubblicazioni dell'UNCTAD comprese nella serie *Generalized System of Preferences*, www.unctad.org.

²⁰ Si veda, ad esempio, la comunicazione resa dal Paraguay TN/CTD/W/5 (24 maggio 2002) nella Sessione speciale del Comitato sul commercio e lo sviluppo dell'OMC, dal titolo *Application of the Special and Differential Treatment Provisions Contained in the Agreements and Decisions of the WTO*.

²¹ GATT, *Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries*, L/4903, 28 novembre 1979, par. 2 a, nota 3.

mente la distinzione tra Paesi in via di sviluppo e Paesi meno avanzati, mentre non precisa se sia possibile individuare ulteriori distinzioni all'interno dei PVS tali da giustificare dei trattamenti preferenziali aggiuntivi²².

Un punto di svolta nell'interpretazione della clausola di abilitazione si è avuto con la celebre controversia tra India e Comunità europea in seno all'OMC sul regime comunitario speciale in tema di droga previsto dal regolamento 2501/2001²³. Nella decisione dell'Organo di Appello si legge che lo scopo del trattamento speciale e differenziato promosso dalla clausola di abilitazione è incoraggiare lo sviluppo economico dei Paesi economicamente arretrati e, pertanto, non è pensabile che “such development will be in lockstep for all developing countries now and for the future”²⁴. La clausola deve essere, quindi, interpretata nel senso di permettere ai Paesi donatori di concedere trattamenti preferenziali differenziati per i vari PVS in funzione dei rispettivi bisogni. Viene, però, precisato che l'*enabling clause* impone che le preferenze siano accessibili a tutti i beneficiari caratterizzati da condizioni simili, ossia dai medesimi bisogni finanziari, commerciali o di sviluppo, valutati secondo parametri obiettivi²⁵. Tuttavia, tali parametri non vengono definiti.

L'Organo di Appello, quindi, da una parte, riconosce che i Paesi sviluppati possono operare differenziazioni nei propri SPG soltanto per rispondere alle citate esigenze di sviluppo, finanziarie e commerciali e non a qualsiasi tipo di bisogno dei PVS; dall'altra, si limita a precisare che i Paesi sviluppati sono tenuti ad accertare l'esistenza di un bisogno sulla base di *standard* oggettivi, che possono essere individuati, ad esempio, negli accordi OMC e in altri strumenti internazionali²⁶.

²² Per un approfondimento sull'interpretazione della clausola di abilitazione si vedano J.H. JACKSON, *The World Trading System, Law and Policy of the International Economic Relations*, Cambridge, 2002, p. 323 ss.; L. BARTELS, *The WTO Enabling Clause and Positive Conditionality in the European Community's GSP Program*, in *Journal of International Economic Law*, 2003, pp. 507-532; A. FABBRICOTTI, *Gli accordi di integrazione economica e commerciale e il diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Roma, 2009, p. 173 ss.

²³ Regolamento (CE) n. 2501/2001 del Consiglio, del 10 dicembre 2001, relativo all'applicazione di uno schema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1° gennaio 2002 - 31 dicembre 2004. Tale regolamento prevedeva cinque diversi regimi, ognuno dei quali era caratterizzato da determinate riduzioni o esenzioni tariffarie sulle importazioni di prodotti originari dei Paesi beneficiari. Si trattava del regime generale, del regime speciale di incentivazione per la tutela dei diritti dei lavoratori, del regime speciale di incentivazione per la tutela dell'ambiente, del regime speciale a favore dei Paesi meno sviluppati e, infine, del regime speciale a favore della lotta contro la produzione e il traffico di droga. Per un approfondimento si rimanda a V. RANDAZZO, *La condizionalità nel sistema di preferenze generalizzate della Comunità europea: le recenti innovazioni e i possibili problemi di compatibilità con la normativa dell'OMC*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 609 ss.

²⁴ *EC-Tariff Preferences*, WT/DS246/AB/R (2004), par. 160.

²⁵ *EC-Tariff Preferences*, par. 154, 162, 163. Per un approfondimento sul punto si vedano *ex multis* C. DI TURI, *Il Sistema di Preferenze Generalizzate della Comunità europea dopo la controversia con l'India sul regime speciale in tema di droga*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 720 ss.; G. SHAFFER, Y. APEA, *Institutional Choice in the Generalized System of Preferences Case: Who Decides the Conditions for Trade Preferences? The Law and Politics of Rights*, in *Journal of World Trade*, 2005, pp. 977-996.

²⁶ Si rimanda a A. LIGUSTRO, *L'Organizzazione mondiale del commercio condanna lo Schema di preferenze generalizzate della Comunità europea per il carattere discriminatorio del “regime droga”*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2005, pp. 432-441 e G.M. GROSSMAN, A.O. SYKES, *A preference for development: the law and economics of GSP*, in *World Trade Review*, 2005, p. 41 ss.

3. Tra i numerosi sistemi di preferenze generalizzate attualmente in vigore assume particolare rilevanza nelle relazioni commerciali internazionali quello previsto dal diritto dell'Unione europea, non tanto per il numero di Stati terzi che ne beneficiano²⁷, quanto piuttosto per le disposizioni volte a promuovere il libero commercio nel rispetto dei diritti fondamentali. Il sistema dell'UE, infatti, costituisce uno dei principali strumenti della politica commerciale comune, oltre che un importante mezzo di aiuto allo sviluppo dei Paesi terzi, il cui obiettivo primario è contribuire alla riduzione della povertà e alla promozione dello sviluppo sostenibile e del buon governo dei Paesi beneficiari²⁸.

Le preferenze commerciali sono misure adottate nel quadro dei principi e degli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione²⁹ e sono parte integrante della strategia commerciale dell'UE³⁰. L'Unione è chiamata, infatti, ad affermare e promuovere il *fair trade* e, pertanto, l'SPG è tenuto a favorire il commercio libero ed equo e a promuovere scambi commerciali imperniati su obiettivi di equità e solidarietà sociale ed ambientale che assicurino una giusta redistribuzione dei profitti³¹. Partendo da tale presupposto, il presente paragrafo intende approfondire il contributo del Parlamento europeo alla promozione dei valori fondanti l'azione esterna dell'UE nel sistema di preferenze generalizzate.

Il concetto di preferenze generalizzate fu introdotto nell'ordinamento dell'Unione già nel 1971. Fin dal suo primo schema, l'Unione ha espresso la volontà di concedere a tutti i Paesi in via di sviluppo un trattamento tariffario privilegiato rispetto a quello applicato nelle normali transazioni commerciali, senza pretendere l'applicazione dei medesimi benefici su base di reciprocità³².

Il sistema attualmente in vigore è disciplinato dal regolamento 978/2012, che come è già stato indicato nel paragrafo introduttivo, è stato adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio. Esso si caratterizza per la compresenza di un regime generale e di due regimi speciali. Nello specifico, trattasi del regime generale (SPG *standard*), con cui l'UE concede l'ingresso preferenziale nel proprio mercato ad una gamma di prodotti provenienti dai PVS beneficiari, del regime speciale di incentivazione dello sviluppo e del buon governo (SPG *plus*), in forza del quale l'UE provvede a concedere l'esenzione tariffaria ad alcuni PVS particolarmente bisognosi e vulnerabili che si impegnano ad osservare una serie di convenzioni inter-

²⁷ Tra i 13 sistemi di preferenze generalizzate attualmente in vigore, quello dell'Unione europea ha meno Stati beneficiari come evidenziato dall'UNCTAD nella recente pubblicazione del settembre 2018: UNCTAD, *Generalized System of Preferences. List of beneficiaries*, New York, 2018, www.unctad.org.

²⁸ UNCTAD, *Generalized System of Preferences. Handbook on the scheme of the European Union*, New York, 2015, p. 5 ss.

²⁹ Si veda *ex multis* P. EECKHOUT, *op. cit.*, pp. 437-466.

³⁰ La strategia commerciale dell'UE è ben delineata nella comunicazione della Commissione europea, del 14 ottobre 2015, Commercio per tutti: verso una politica commerciale e di investimento più responsabile, COM(2015)497 def. Essa detta le linee strategiche della politica europea in materia commerciale e di investimenti stranieri con importanti ricadute sul settore agricolo dei Paesi in via di sviluppo. Per un'analisi sulla Comunicazione si rimanda A. BONFANTI, *Diritti umani e politiche dell'Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la comunicazione Commercio per tutti, tra regionalismo e multilateralismo economico*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 233-239.

³¹ F. BESTAGNO, *La politica commerciale comune*, in U. DRAETTA (a cura di), *Elementi di diritto comunitario. Parte speciale. Il diritto sostanziale della Comunità europea*, Milano, 1995, p. 136, nonché A. LANG, *Articolo 207 TFUE*, cit., p. 1150 ss.

³² M.E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2012, p. 62 ss.

nazionali in materia di buon governo e sviluppo sostenibile, ed infine del regime speciale a favore dei Paesi meno avanzati, che riprende la disciplina del regolamento 416/2001/CE, conosciuto anche come EBA (*Everything but Arms*), attraverso cui l'UE garantisce l'accesso a dazio zero a tutti i prodotti, eccetto armi e munizioni, provenienti dai PMA³³.

Il regime generale dispone la riduzione dei dazi per circa il 66% di tutte le linee tariffarie dell'UE ai Paesi a reddito non elevato e con esportazioni insufficientemente diversificate, così come classificati dalla Banca Mondiale³⁴. Attualmente gli Stati in via di sviluppo beneficiari di tale regime sono 17³⁵.

Il regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo prevede, invece, la concessione di ulteriori benefici tariffari in aggiunta alle preferenze accordate in base al regime generale. Esso comporta la sospensione dei dazi su tutti i prodotti elencati nell'allegato IX del regolamento 978/2012³⁶. In cambio, gli Stati beneficiari sono tenuti a ratificare e attuare efficacemente ventisette convenzioni internazionali fondamentali, come elencate nel regolamento SPG e che verranno di seguito meglio specificate. Al fine di stabilire quali Paesi in via di sviluppo abbiano le caratteristiche per essere considerati tali, l'Unione europea utilizza l'elenco elaborato dall'OCSE³⁷. Attualmente i beneficiari del regime SPG *plus* sono 9³⁸.

Nel regime speciale *Everything But Arms*, infine, i dazi sono sospesi per tutti i prodotti della nomenclatura combinata³⁹ originari di un Paese classificato dalle Nazioni Unite come Paese meno avanzato, ad eccezione delle armi⁴⁰. Allo stato attuale, i Paesi beneficiari del regime EBA sono 49⁴¹. Si precisa che, a differenza

³³ www.ec.europa.eu. Per un approfondimento si veda, *ex multis*, I. RISWANTI PUTRANTI, *The European Union's Generalised System of Preferences; a better trade facilitation for Beneficiary Country?*, Firenze, 2016.

³⁴ Art. 4 regolamento 978/2012.

³⁵ Ad aprile 2019 gli Stati beneficiari del regime SPG *standard* sono: Repubblica del Congo, Costa d'Avorio, Ghana, Kenya, Nigeria, Swaziland, India, Indonesia, Tajikistan, Uzbekistan, Vietnam, Isole Cook, Federazione degli Stati della Micronesia, Nauru, Niue, Tonga, Siria. Si rimanda alla pagina della DG Trade: www.trade.ec.europa.eu

³⁶ Art. 12 regolamento 978/2012.

³⁷ La classificazione dei PVS è differente a seconda degli indicatori utilizzati dalle diverse istituzioni (ONU, Banca mondiale, ECOSOC ecc.). L'OCSE utilizza come criteri: basso reddito pro capite, bassi tassi di crescita del reddito nazionale, bassi tassi di crescita del reddito pro capite, ristretta base industriale, ridotta accumulazione di capitale, alta percentuale di povertà assoluta, basso tenore di vita come da indicatori ISU circa sanità, mortalità, fame ed educazione. Per la lista dei Paesi in via di sviluppo si rinvia a www.oecd.org.

³⁸ Ad aprile 2019 gli Stati beneficiari del regime SPG *plus* sono: Capo Verde, Armenia, Kirghizistan, Mongolia, Pakistan, Filippine, Sri Lanka, Bolivia e Paraguay. Si rimanda alla pagina della DG Trade: www.trade.ec.europa.eu.

³⁹ Per nomenclatura combinata si intende il sistema di classificazione ed identificazione delle merci oggetto di scambio internazionale tra gli Stati membri ai fini della determinazione della tariffa doganale. Per un approfondimento si rimanda a F. VISMARA, *Lineamenti di diritto doganale dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 160 ss.

⁴⁰ Art. 18 regolamento 978/2012. Si precisa che nell'elenco delle Nazioni Unite vi sono attualmente 47 Paesi, 32 dei quali sono membri dell'OMC attraverso misure speciali che nella maggior parte dei casi si concretizzano nella totale abolizione dei dazi doganali per i prodotti da loro esportati. Per la lista dei Paesi meno avanzati si rinvia a www.un.org.

⁴¹ Ad aprile 2019 gli Stati beneficiari del regime EBA sono: Angola, Benin, Burkina Faso, Burundi, Repubblica centrafricana, Ciad, Comore, Repubblica democratica del Congo, Gibuti, Guinea Equatoriale, Eritrea, Etiopia, Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Mali,

degli Stati beneficiari dei regimi SPG *standard* e SPG *plus*, i Paesi meno avanzati restano beneficiari del regime EBA anche nel caso in cui sottoscrivano un accordo di libero scambio con l'UE⁴².

L'SPG dell'Unione europea non è quindi solo uno strumento di politica commerciale, ma anche di promozione allo sviluppo. Ciò emerge in modo chiaro dal preambolo del regolamento 978/2012, in cui si afferma che le preferenze tariffarie devono promuovere la crescita economica in modo da offrire una risposta concreta alle esigenze di sviluppo sostenibile e di promozione dei diritti umani⁴³.

La disciplina degli aspetti prettamente commerciali, che dovrebbero rafforzare la crescita economica dei Paesi in via di sviluppo e la loro integrazione nel sistema multilaterale, è affiancata da disposizioni dedicate alla tutela dei diritti fondamentali e all'incentivazione del rispetto dei relativi *standard* internazionali. Tale correlazione è espressa attraverso la politica di condizionalità, propria delle clausole sui diritti dell'uomo negli accordi commerciali, con la quale si individuano i criteri che legano la qualità e la quantità delle preferenze commerciali a determinate condizioni, quali appunto il rispetto dei diritti umani da parte del Paese beneficiario, e l'avvio in seno ad esso di processi di transizione democratica⁴⁴.

Il regolamento 978/2012 prevede l'attuazione dello strumento della condizionalità sia in termini positivi che negativi. La condizionalità positiva, applicata all'interno del Regime speciale per lo sviluppo sostenibile e il buon governo, subordina la concessione di preferenze aggiuntive alla ratifica e all'attuazione da parte dei Paesi beneficiari di ventisette convenzioni internazionali a tutela dei diritti fondamentali⁴⁵.

Mauritania, Mozambico, Niger, Ruanda, Sao Tome & Principe, Senegal, Sierra Leone, Somalia, Sud Sudan, Sudan, Tanzania, Togo, Uganda, Zambia, Afghanistan, Bangladesh, Bhutan, Cambogia, Laos, Myanmar, Nepal, Timor Est, Yemen, Samoa, Isole Salomone, Tuvalu, Vanuatu, Haiti. Si rimanda alla pagina della DG Trade: ww.trade.ec.europa.eu.

⁴² P. BRENTON, *Integrating the Least Developed Countries into the World Trading System: The Current Impact of European Union Preferences Under "Everything but Arms"*, in *Journal of World Trade*, 2003, pp. 624-627.

⁴³ Si veda il 4° 'considerando' regolamento 978/2012.

⁴⁴ L. BARTELS, *The Trade and Development Policy of the European Union*, in M. CREMONA (ed.), *Development in EU External Relations Law*, Oxford, 2008, p. 128 ss.

⁴⁵ L'allegato VIII comprende ventisette convenzioni suddivise in due parti: lettera A e lettere B. La lettera A dell'allegato VII è dedicata alle convenzioni essenziali dell'ONU e dell'OIL sui diritti umani e sul diritto del lavoro: Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio (1948), Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (1965), Convenzione internazionale sui diritti civili e politici (1966), Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali (1966), Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne (1979), Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (1984), Convenzione sui diritti del fanciullo (1989), Convenzione concernente il lavoro forzato, n. 29 (1930), Convenzione concernente la libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale, n. 87 (1948), Convenzione concernente l'applicazione dei principi del diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva, n. 98 (1949), Convenzione concernente l'uguaglianza di remunerazione tra la manodopera maschile e la manodopera femminile per un lavoro di valore uguale, n. 100 (1951), Convenzione sull'abolizione del lavoro forzato, n. 105 (1957), Convenzione concernente la discriminazione in materia di impiego e professioni, n. 111 (1958), Convenzione concernente l'età minima per l'ammissione al lavoro, n. 138 (1973), Divieto delle peggiori forme di lavoro minorile e azioni immediate in vista della loro eliminazione, n. 182 (1999). Per l'adesione all'SPG *plus*, gli Stati beneficiari devono aderire anche alle convenzioni previste dalla parte B dell'allegato VIII, ovvero quelle relative ai principi ambientali e di buon governo: Convenzione sul commercio internazionale delle specie di flora e fauna selvatiche minacciate di estinzione (1973), Protocollo di Montreal sulle sostanze che riducono lo strato di ozono (1987), Convenzione di Basilea

Una condizionalità di tipo negativo, invece, è prevista mediante il meccanismo di revoca delle preferenze, in base al quale i trattamenti preferenziali tariffari possono essere temporaneamente revocati nei confronti di tutti o di alcuni prodotti originari dei Paesi beneficiari, anche per via di motivi non economici, quali la violazione grave e sistematica di principi contenuti nelle convenzioni previste nella parte A dell'allegato VII del regolamento⁴⁶.

Per quanto riguarda specificamente il ruolo del Parlamento europeo, nella fase di approvazione del regolamento 978/2012, esso ha apportato degli emendamenti alla proposta della Commissione⁴⁷. Con tali emendamenti il Parlamento mirava a precisare ulteriormente, rispetto ai regimi precedenti, i criteri di eleggibilità per il regime SPG *plus* e a stabilire più dettagliatamente le condizioni che qualificano il rispetto e l'applicazione effettiva delle convenzioni internazionali, a cui è subordinata la concessione delle preferenze aggiuntive⁴⁸.

Inoltre, il Parlamento ha contribuito a rendere il ruolo della Commissione più attivo nel monitorare l'attuazione delle convenzioni sui diritti umani. La Commissione è tenuta, infatti, a presentare al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sullo stato di ratifica delle convenzioni pertinenti, sul rispetto di eventuali obblighi di rendicontazione per i Paesi beneficiari dell'*SPG plus* nell'ambito di tali convenzioni, nonché sullo stato di attuazione effettiva delle stesse⁴⁹.

sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento (1989), Convenzione sulla biodiversità (1992), Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (1992), Protocollo di Cartagena sulla sicurezza biologica (2000), Convenzione di Stoccolma sugli inquinanti organici persistenti (2001), Protocollo di Kyoto alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico (1998), Convenzione unica delle Nazioni Unite sugli stupefacenti (1961), Convenzione delle Nazioni Unite sulle sostanze psicotrope (1971), Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope (1988), Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (2004).

⁴⁶ Per un approfondimento sul concetto di condizionalità negativa si rinvia a L. BARTELS, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford, 2005, p. 58 ss.

⁴⁷ Relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate, 8 marzo 2012, doc. A7-0054/2012. Si veda anche G. SILES-BRÜGGE, *EU trade and development policy beyond the ACP: subordinating developmental to commercial imperatives in the reform of GSP*, in *Contemporary Politics*, 2014, pp. 49-62.

⁴⁸ Sul punto si confronti il regolamento 978/2012 con il precedente regime disciplinato dal regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio, del 22 luglio 2008 relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate a decorrere dal 1° gennaio 2009 e che modifica i regolamenti (CE) n. 552/97 e (CE) n. 1933/2006 e i regolamenti della Commissione (CE) n. 1100/2006 e (CE) n. 964/2007. L'art. 9 del regolamento del 2012 si afferma ha accesso il Paese che "è considerato vulnerabile a causa di una mancanza di diversificazione e di un'integrazione insufficiente nel sistema commerciale internazionale ai sensi dell'allegato VII; b) ha ratificato tutte le convenzioni elencate nell'allegato VIII («convenzioni pertinenti») e le conclusioni disponibili più recenti degli organi di controllo competenti a norma di tali convenzioni («organi di controllo competenti») non rilevano gravi carenze nell'attuazione effettiva di tali convenzioni; c) riguardo alle convenzioni pertinenti, non ha formulato una riserva vietata da una di tali convenzioni o che, ai fini del presente articolo, sia ritenuta incompatibile con l'oggetto e lo scopo di tale convenzione". L'art. 8 del regolamento del 2008, invece, si affermava che sono beneficiari i Paesi che: "a) abbiano ratificato ed effettivamente applicato le convenzioni di cui all'allegato III; b) si impegnino a mantenere la ratifica delle convenzioni e delle relative leggi/misure di attuazione e accettino che l'applicazione sia periodicamente soggetta a verifica e riesame a norma delle disposizioni di attuazione delle convenzioni che hanno ratificato; e c) siano considerati paesi vulnerabili ai sensi del paragrafo 2".

⁴⁹ Art. 14, par. 1, regolamento 978/2012. Si veda anche L. VAN DE PUTTE, F. DE VILLE, J. ORBIE, *op. cit.*, pp. 63-64.

Il Parlamento europeo può intervenire anche con riferimento alle decisioni di revoca temporanea delle preferenze tariffarie previste dall'art. 19 del regolamento. Tali decisioni vengono prese dalla Commissione attraverso atti delegati, i quali possono essere revocati in qualsiasi momento dal Parlamento europeo o dal Consiglio⁵⁰.

Le misure previste dall'art. 19 del regolamento non sollevano profili di incompatibilità con il diritto dell'OMC, per via del carattere facoltativo e non obbligatorio della concessione del trattamento più favorevole in questione. Dai caratteri di volontarietà e di unilateralità dello strumento delle preferenze generalizzate discende la facoltà di revocare il trattamento preferenziale, sebbene un'eventuale revoca non possa certamente risultare da un atto totalmente arbitrario⁵¹. Pertanto, la revoca è ammissibile sulla base di criteri oggettivi, ossia laddove lo Stato beneficiario del trattamento si sia reso responsabile di una grave e sistematica violazione dei principi contenuti nelle convenzioni di cui alla parte A dell'allegato VIII. Tale allegato è composto da convenzioni internazionali a tutela dei diritti fondamentali che la comunità internazionale riconosce come inderogabili ed efficaci *erga omnes*⁵².

Per quanto concerne la condizionalità positiva prevista dal sistema SPG *plus*, l'Organo di appello dell'OMC ha espressamente indicato che la concessione di preferenze aggiuntive è ritenuta anzitutto non discriminatoria quando tali trattamenti tariffari non supplementari siano garantiti a Paesi che si trovano in condizioni analoghe. Inoltre, l'Organo di appello ha ritenuto che non sussistono poi profili di incompatibilità con il sistema OMC se, rispettando le condizioni della clausola di abilitazione, le preferenze tariffarie aggiuntive offrono una risposta concreta ed effettiva alle esigenze di sviluppo dei PVS⁵³.

Nel caso del regolamento 978/2012, il notevole numero e l'eterogeneità sostanziale delle convenzioni che i Paesi in via di sviluppo devono ratificare per accedere al SPG *plus* ha sollevato opinioni diverse in dottrina, in particolare per quanto attiene alla conformità delle soluzioni di condizionalità positiva del sistema SPG al sistema OMC. Alcuni autori⁵⁴, infatti, ritengono che il sistema SPG *plus* sia legittimo anzitutto perché risulta soddisfatto il requisito di oggettività dei principi a cui condizionare l'accesso al sistema preferenziale, in quanto contenuti in strumenti internazionali generalmente riconosciuti. Inoltre, l'SPG in vigore prevede uno spe-

⁵⁰ Art. 36, par. 3, regolamento 978/2012.

⁵¹ C. PORTELA, J. ORBIE, *Sanctions under the EU Generalised System of Preferences and foreign policy: coherence by accident?*, in *Contemporary Politics*, 2014, pp. 63-76.

⁵² La revoca per violazioni gravi di diritti umani risulta quindi legittima alla luce del diritto internazionale consuetudinario, poiché in questi casi la sospensione può essere considerata come una forma di ritorsione attraverso atti che violano norme fondamentali della comunità internazionale, senza ledere il principio di non ingerenza e rispettando la sovranità nazionale di ogni Stato. Sul punto si vedano F. MARTINES, *I sistemi di preferenze generalizzate, la normativa comunitaria e il diritto dell'OMC*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, p. 315; E. REID, *Balancing Human Rights, Environmental Protection and International Trade. Lessons from the EU experience*, Oxford, 2015, p. 156 ss.

⁵³ J. KENNER, *A Remodeled European Community GSP+: A Positive Response to the WTO Ruling?*, in G.A. BERMANN, P. MAVROIDIS (eds.), *WTO Law and Developing Countries*, Cambridge, 2007, p. 292 ss.; V. RANDAZZO, *La condizionalità nel sistema delle preferenze generalizzate della Comunità europea: le recenti innovazioni e i possibili problemi di compatibilità con la normativa dell'OMC*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 630.

⁵⁴ Tra gli autori che sostengono tale posizione si menzionano M. DEL VECCHIO, *Le nuove preferenze generalizzate europee per i Paesi in via di sviluppo*, in *Sud in Europa*, 2013, n. 3, www.sudineuropa.net; S. VELLUTI, *The promotion of social rights and labour standards in the EU's external trade relations*, *CLEER Papers*, 2016, pp. 83-113.

ciali regime volto a promuovere lo sviluppo sostenibile e il buon governo attraverso la ratifica di convenzioni internazionali a tutela dei diritti fondamentali e quindi favorendo un approccio multilaterale tra Paesi donatori e Paesi beneficiari sulla tutela dei diritti dell'uomo, dell'ambiente, del lavoro e delle risorse naturali⁵⁵. Altri autori, invece, individuano nel lungo elenco delle convenzioni un fattore che porterebbe a restringere arbitrariamente il numero dei possibili beneficiari, lasciando accessibile il regime speciale solo a quei Paesi che presentano tutte le esigenze di sviluppo illustrate nelle ventisette convenzioni e che, soprattutto, siano in grado di portare a termine i processi di ratifica, creando pertanto una situazione di disparità⁵⁶.

Tuttavia, la maggior parte della dottrina è concorde nel ritenere che gli obiettivi cui tendono tali convenzioni rispecchiano il concetto ampio di sviluppo sostenibile, che include non solo aspetti economici, ma quei profili sociali, politici, culturali e ambientali a cui mira il regime speciale, risultando così funzionale a esigenze di sviluppo legittime in conformità anche della clausola di abilitazione⁵⁷. Nonostante, quindi, l'assenza di una definizione di sviluppo fornita dall'Organo di appello dell'OMC, la libertà dei Paesi donatori di selezionare, seppure in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi, alcune esigenze dei Paesi in via di sviluppo da affrontare, consente di interpretare in modo ampio il concetto di sviluppo e predisporre strumenti internazionalmente riconosciuti come criteri d'accesso al regime tariffario⁵⁸. Pertanto, le convenzioni a tutela dei diritti fondamentali si rivelano funzionali alla realizzazione degli obiettivi previsti dal sistema SPG *plus*⁵⁹.

Dall'analisi sopra esposta, è possibile affermare che il ruolo del Parlamento europeo nella fase di approvazione del regolamento è stato rilevante sia per quanto riguarda i profili di condizionalità negativa sia per quelli di condizionalità positiva. Nel primo caso è il Parlamento è infatti intervenuto nella formulazione dell'art. 19 del regolamento, che riconosce a tale istituzione un ruolo determinante nella fase di revoca delle preferenze. Nel secondo caso ha consentito l'introduzione di alcune previsioni in base alle quali i Paesi che intendano beneficiare di tali preferenze non devono aver apposto riserve inammissibili alle convenzioni richiamate, devono impegnarsi a mantenere la ratifica delle convenzioni stesse, devono accettare gli obblighi di rendicontazione e i meccanismi di monitoraggio da esse previsti ed infine devono impegnarsi a collaborare attivamente con la Commissione nell'esercizio delle attività di controllo⁶⁰.

⁵⁵ G. MARIN DURAN, E. MORGERA, *Environmental Integration in the EU's External Relations: Beyond multilateral dimensions*, Oxford, 2012, pp. 144-170.

⁵⁶ La maggior parte della dottrina ritiene che alcune delle condizioni previste dal SPG *plus* sia incompatibile con il sistema OMC. Cfr. B. WARDHAUGH, *GSP+ and Human Rights: Is the EU's Approach the Right One?*, in *Journal of International Economic Law*, 2013, pp. 827-847; L. BARTELS, *Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU Free Trade Agreements*, in *Legal Issues of Economic Integration Law*, 2013, p. 304.

⁵⁷ Sul punto si veda B. WARDHAUGH, *op. cit.*

⁵⁸ L. BARTELS, *The WTO Legality of the EU's GSP+ Arrangement*, in *Journal of International Economic Law*, 2007, p. 875.

⁵⁹ S. VELLUTI, *The trade-labour linkage in the EU's generalized system of preferences*, in *Studia Diplomatica*, 2015, pp. 93-106.

⁶⁰ Cfr. lettere d), e), f) dell'art. 9 regolamento 978/2012. L'art. 8 del regolamento 732/2008, invece, si limitava ad affermare che la Commissione era tenuta a verificare lo stato di ratifica e l'applicazione effettiva delle convenzioni, esaminando le informazioni messe a disposizione dagli organi di controllo competenti.

4. Se nella fase di approvazione del regolamento 978/2012, l'intervento del Parlamento europeo è stato significativo, sul piano dell'attuazione del sistema di preferenze generalizzate, un ruolo centrale è invece svolto dalla Commissione europea. Il regolamento in vigore impone, infatti, alla Commissione di presentare ogni due anni al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sugli effetti delle preferenze generalizzate nel mercato interno e nel mercato dei Paesi beneficiari. Inoltre, al fine di monitorare il rispetto dei diritti dell'uomo nei Paesi beneficiari dei regimi EBA e SPG *plus*, la Commissione promuove il dialogo con i Paesi destinatari attraverso relazioni scritte e missioni in *loco*, incontrando non solo le istituzioni locali ma anche le organizzazioni della società civile, compresi sindacati, imprese e datori di lavoro, sia nell'UE che nel Paese beneficiario⁶¹.

Sulla promozione dei diritti fondamentali nei PVS, la Commissione europea è intervenuta adottando la comunicazione *Commercio per tutti: verso una politica commerciale e di investimento più responsabile*, che detta le linee strategiche della futura politica europea in materia commerciale e di investimenti stranieri, in particolare con riferimento all'integrazione della tutela dei diritti umani e dell'ambiente e della realizzazione dello sviluppo sostenibile⁶². Nella comunicazione si legge che, per conseguire l'obiettivo di "garantire la gestione responsabile delle catene di approvvigionamento"⁶³, è necessaria una revisione dei sistemi di preferenze generalizzate che subordini la concessione dei trattamenti preferenziali al rispetto da parte degli Stati beneficiari di *standard* internazionali in materia di protezione dei diritti umani⁶⁴.

Una proposta di riforma, volta a promuovere una maggior coerenza dell'SPG ai valori fondanti l'azione esterna dell'UE⁶⁵, potrebbe riguardare proprio un maggior coinvolgimento del Parlamento europeo nell'attività di monitoraggio sul rispetto dei diritti umani nei Paesi in via di sviluppo.

Il regolamento, nello specifico, prevede che nel formulare le conclusioni relative all'attuazione effettiva delle convenzioni elencate nell'allegato, la Commissione valuta anche le informazioni trasmesse dal Parlamento europeo⁶⁶. Tali informazioni negli ultimi anni hanno assunto sempre maggiore importanza. A titolo d'esempio, durante il periodo 2016-2017, la commissione per il commercio internazionale del Parlamento europeo ha organizzato diverse iniziative finalizzate a verificare i progressi compiuti dagli Stati beneficiari nell'ambito della promozione e protezione dei diritti fondamentali, ad esaminare i rapporti delle visite di monitoraggio e le relazioni delle principali organizzazioni della società civile. La Commissione europea ha inoltre beneficiato del coinvolgimento delle missioni delle delegazioni del Parlamento

⁶¹ S. VELLUTI, *Human Rights Conditionality in the EU GSP Scheme*, in N. FERREIRA, D. KOSTAKOPOULOU (eds.), *The Human Face of the European Union. Are EU Law and Policy Humane Enough?*, Cambridge, 2016, pp. 342-366.

⁶² COM(2015)497 def. Per un'analisi sulla Comunicazione si veda A. BONFANTI, *op. cit.*

⁶³ COM(2015)497 def., p. 20.

⁶⁴ *Ivi*, p. 18.

⁶⁵ Tali principi sono fissati dall'art. 21 TUE e confermati dall'art. 205 TFUE: essi sono identificati nella democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale (art. 21, par. 1, TUE) e nel supporto allo sviluppo sostenibile dei Paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale, con l'obiettivo primo di eliminare la povertà (art. 21, par. 2, lett. d, TUE).

⁶⁶ Art. 14, par. 3, regolamento 978/2012.

europeo in specifici Paesi destinatari del sistema SPG *plus*⁶⁷. Ciononostante, allo stato attuale le relazioni e i pareri del Parlamento non vincolano l'azione della Commissione, la quale decide sui requisiti dei prodotti dei Paesi beneficiari ammissibili nel mercato interno e sulla revoca delle preferenze in modo autonomo⁶⁸.

Come è stato sopra indicato, la revoca temporanea dei regimi tariffari preferenziali è il principale strumento utilizzato dall'Unione per rendere effettiva la promozione e la protezione dei diritti umani all'interno del sistema delle preferenze generalizzate⁶⁹. L'Unione, però, ha fatto ricorso alla misura della revoca in poche occasioni, tanto da provocare l'intervento del Parlamento europeo mediante continui solleciti a non esitare ad imporre sanzioni opportune e proporzionate in caso di violazione delle convenzioni previste dal regolamento⁷⁰. In particolare, la revoca temporanea è stata applicata solo nei confronti del Myanmar nel 1997⁷¹ e della Bielorussia nel 2007⁷² per gravi violazioni delle convenzioni OIL, e nei confronti

⁶⁷ Sull'attività svolta dal Parlamento europeo si rimanda a www.gspevaluation.com.

⁶⁸ Si veda l'art. 15 regolamento 978/2012.

⁶⁹ La revoca delle preferenze è disciplinata agli articoli 19, 20 e 21 del regolamento 978/2012. Il regime preferenziale può essere temporaneamente revocato nei confronti di tutti o taluni prodotti originari di un determinato paese beneficiario per violazioni gravi e sistematiche dei principi contenuti nelle convenzioni elencate nell'allegato VIII, parte A; esportazione di prodotti realizzati nelle carceri; gravi carenze dei controlli doganali in materia di esportazione o di transito di droga (sostanze illecite o precursori) o inosservanza delle convenzioni internazionali in materia di antiterrorismo e riciclaggio di denaro; pratiche commerciali sleali, gravi e sistematiche, tra cui quelle che hanno effetti sull'approvvigionamento di materie prime, con ripercussioni negative per l'industria dell'Unione e che non sono state affrontate dal paese beneficiario ad eccezione dei prodotti oggetto di misure *antidumping* o compensative; violazioni gravi e sistematiche delle norme in materia di pesca.

In caso di frodi, irregolarità, inosservanza delle norme di origine o indisponibilità a fornire la cooperazione amministrativa si può giungere ad una decisione di revoca temporanea delle preferenze, secondo la procedura d'urgenza, per tutti i prodotti o determinati prodotti originari del paese beneficiario implicato. Prima di adottare tale decisione la Commissione pubblica un avviso nella Gazzetta Ufficiale dell'UE informandone il Paese beneficiario interessato. Il periodo di revoca temporanea non supera i 6 mesi, eventualmente prorogabili.

⁷⁰ A titolo d'esempio si richiamano la risoluzione del Parlamento europeo del 7 luglio 2011 sulle politiche estere dell'UE a favore della democratizzazione, 2011/2032 (INI) e la risoluzione del Parlamento europeo sul regolamento delegato della Commissione, dell'11 gennaio 2017, che modifica l'allegato III del regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate (C(2016)8996 – 2017/2511(DEA), con cui il Parlamento europeo si oppose di concedere lo status SPG *plus* allo Sri Lanka. Per un approfondimento si rinvia a S. DELPUTTE, J. VERSHAEEVE, *The role of the European Parliament in EU developing policy*, in S. STAVRIDIS, D. IRRERA (eds.), *The European Parliament and its International Relations*, Abingdon, 2015, pp. 35-51.

⁷¹ Regolamento (CE) n. 552/97 del Consiglio, del 24 marzo 1997, che revoca temporaneamente i benefici derivanti dalle preferenze tariffarie generalizzate dell'Unione al Myanmar. Per un approfondimento si vedano C. DI TURI, *L'Organizzazione Internazionale del Lavoro e l'Unione di Myanmar (ex Birmania): un rapporto difficile*, in *Diritto comunitario e scambi internazionali*, 2005, pp. 603-610 e L. BEKE, N. HACHEZ, *The EU GSP: a preference for human rights and good governance? The case of Myanmar*, KU Leuven, Working Paper n. 155, 2015.

⁷² Decisione 2005/616/CE della Commissione, del 17 agosto 2005, relativa al controllo e alla valutazione della situazione dei diritti del lavoro in Bielorussia in vista della revoca temporanea delle preferenze commerciali. Si veda anche C. PORTELA, J. ORBIE, *Sanctions under the EU Generalised System of Preferences and foreign policy: coherence by accident?*, in M. CARBONE, J. ORBIE (eds.), *The Trade-Development Nexus in the European Union: Differentiation, Coherence and Norms*, Abingdon, 2015, pp. 63-89.

dello Sri Lanka, che è stato eliminato dalla lista dei regimi speciali di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e per il buon governo il 15 agosto 2010⁷³.

Il Myanmar e la Bielorussia non si sono adeguati alle raccomandazioni e conclusioni della Commissione europea, continuando piuttosto a mantenere le condotte che l'Unione aveva considerato illecite⁷⁴.

Nel caso dello Sri Lanka, invece, la Commissione ha deciso di riammettere il Paese nel sistema SPG *plus* solo nel maggio 2017, a seguito delle importanti riforme promosse dal governo cingalese volte a promuovere un clima di riconciliazione nazionale, il rispetto dei diritti umani, i principi dello Stato di diritto e del buon governo nonché uno sviluppo economico sostenibile⁷⁵.

L'UE non ha, invece, revocato le preferenze commerciali a El Salvador, che dopo essere stato sottoposto ad un'inchiesta da parte dell'Unione europea⁷⁶ ha deciso di adeguarsi alle raccomandazioni della Commissione e degli organi OIL e di adottare le misure necessarie per adempiere agli obblighi derivanti dalla ratifica delle convenzioni⁷⁷.

I casi riportati evidenziano i limiti del sistema, il quale, se da un lato può indurre i Paesi beneficiari ad adeguare le proprie legislazioni agli *standard* internazionali di tutela di diritti dell'uomo, dall'altro non è idoneo a garantire un'adeguata protezione dei diritti fondamentali a causa della limitata efficacia della clausola di condizionalità inserita nell'SGP.

Sul punto è intervenuta anche la commissione per il commercio internazionale del Parlamento nella relazione sull'attuazione del regolamento 978/2012 del 27 novembre 2018, la quale ha accolto con favore la relazione intermedia della Commissione del 4 ottobre 2018⁷⁸, ma ha anche richiesto un approccio mirato e più efficace nella revoca delle preferenze.

Appare evidente, quindi, che il punto critico del regolamento è rappresentato dall'ampio margine di discrezionalità riconosciuto alla Commissione europea nel

⁷³ Decisione 2008/803/CE della Commissione, del 14 ottobre 2008, che stabilisce l'apertura di un'inchiesta, a norma dell'art. 18, par. 2, del regolamento (CE) n. 980/2005 del Consiglio, del 27 giugno 2005, per quanto riguarda l'effettiva applicazione di talune convenzioni sui diritti dell'uomo in Sri Lanka. Il Consiglio ha poi presentato la proposta di regolamento che revoca temporaneamente il regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo previsti dal regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio nei confronti della Repubblica democratica socialista dello Sri Lanka, COM(2009) 671 def. Successivamente il Consiglio ha adottato il regolamento di esecuzione (UE) n. 143/2010, del 15 febbraio 2010, che revoca temporaneamente il regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo previsti dal regolamento (CE) n. 732/2008 nei confronti della Repubblica democratica socialista dello Sri Lanka. Per un approfondimento si veda J. YAP, *Beyond "Don't Be Evil": the European Union GSP + Trade Preference Scheme and the Incentivation of the Sri Lankan Garment Industry to Foster Human Rights*, in *European Law Journal*, 2013, pp. 283-301.

⁷⁴ E. MALMER, S. GÖBEL, *Of Carrots and Sticks The EU's Normative approach in promoting Labour rights in Myanmar and Sri Lanka. A naive and flawed approach?*, 2017, reperibile online, pp. 21-22.

⁷⁵ Regolamento delegato 2017/836 della Commissione, dell'11 gennaio 2017 che modifica l'allegato III del regolamento 978/2012. Per un approfondimento si rinvia a E. MALMER, S. GÖBEL, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁷⁶ Decisione 2008/316/CE della Commissione, del 31 marzo 2008, relativa all'avvio di un'inchiesta, a norma dell'art. 18, par. 2 del regolamento (CE) 980/2005 del Consiglio, in merito alla protezione della libertà sindacale e del diritto sindacale in El Salvador.

⁷⁷ A seguito della ratifica da parte di El Salvador della Convenzione ILO n. 87e le successive modifiche della Costituzione in contrasto con tale convenzione, la Commissione europea ha chiuso l'inchiesta positivamente. Si rinvia a www.trade.ec.europa.eu.

⁷⁸ www.europarl.europa.eu

decidere se procedere con l'avvio di un'indagine o con il ritiro delle preferenze. Alcuni autori sostengono, infatti, che le decisioni sulle sanzioni parrebbero dettate da ragioni di convenienza geostrategica o economica, piuttosto che dalla volontà di favorire il nesso tra sviluppo commerciale e sviluppo dei diritti umani⁷⁹.

È opportuno, però, precisare che sotto il profilo procedurale, l'SPG in vigore ha compiuto notevoli passi in avanti. Nei precedenti schemi, infatti, il potere di indagine della Commissione era regolato in maniera meno dettagliata, con la conseguenza che spesso le procedure di inchiesta ai fini, ad esempio, della sospensione delle preferenze dell'SPG *plus*, potevano protrarsi per tempi molto lunghi⁸⁰. Il regolamento 978/2012 specifica, invece, modalità e parametri con cui la Commissione deve condurre le verifiche necessarie alla concessione o alla revoca delle preferenze, definendo così riferimenti specifici per l'accertamento dell'attività di questa Istituzione⁸¹.

Al fine, però, di garantire un maggior controllo sull'operato della Commissione, sarebbe opportuno che il Parlamento europeo venisse più coinvolto nell'attività di monitoraggio. Il regolamento prevede, infatti, che la Commissione presenti al Parlamento e al Consiglio una relazione sul rispetto degli obblighi previsti dall'SPG da parte degli Stati beneficiari ogni due anni⁸². È auspicabile, però, che la Commissione consulti il Parlamento con maggior frequenza, eventualmente ogni sei mesi, così da favorire un maggior flusso di informazioni sullo stato di attuazione delle convenzioni allegate al regolamento 978/2012 nei Paesi beneficiari e promuovere interventi più rapidi ed efficaci⁸³.

5. Tra le merci che beneficiano del sistema di preferenze generalizzate dell'Unione europea assumono particolare rilevanza i prodotti agricoli: il settore agricolo, infatti, costituisce una parte fondamentale del commercio tra PVS e PMA e Unione europea.

Tra le principali materie prime che entrano nel mercato dell'Unione attraverso tariffe preferenziali o a dazio zero vi sono lo zucchero, il riso e l'olio di palma. Si tratta per lo più di monoculture destinate a mercati che operano su grandi volumi e si sviluppano su milioni di ettari di terra e, pertanto, necessitano di investimenti in terre agricole su larga scala per la loro coltivazione⁸⁴.

I tre prodotti sopra indicati sono utilizzati in particolare per l'industria agroalimentare. Lo zucchero occupa circa 31 milioni di ettari di terreno a livello internazionale, mentre l'olio di palma – un ingrediente molto usato negli alimenti, fortemente collegato alle compravendite di terra su larga scala – utilizza soltanto la metà della terra che serve invece alla produzione di zucchero. Per la coltivazione della soia è

⁷⁹ Si rinvia a C. PORTELA, J. ORBIE, *op. cit.*; S. VELLUTI, *Human Rights Conditionality*, cit.

⁸⁰ J. VOGT, *A Little Less Conversation: The EU and the (Non) Application of Labour Conditionality in the Generalized System of Preferences (GSP)*, in *The international Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2015, pp. 285-304.

⁸¹ Si veda l'art. 14 regolamento 978/2012.

⁸² Art. 14, par. 1, regolamento 978/2012.

⁸³ Sulla necessità di un'attività di monitoraggio continua da parte del Parlamento europeo si rinvia a L. PUCCIO, R. HARTE, *The European Parliament's Role in Monitoring the Implementation of the EU Trade Policy*, in O. COSTA (ed.), *The European Parliament in Times of Crises: Dynamics and Transformations*, Cham, 2018, p. 400 ss.

⁸⁴ P. AGHAJANZADEH-DARZI, C. BELLORA, J.C. BUREAU, A. GOBURDHUN, *Assessing EU Trade Preferences for Developing Countries' development and food security*, FOODSECURE Working paper, n. 35, 2015, p. 9 ss.

necessaria più terra, ma solo il 16% è impiegato direttamente nei prodotti alimentari, mentre il restante viene utilizzato per la produzione di biocarburanti⁸⁵.

Gli incentivi commerciali sono strettamente connessi ai diritti economici e sociali delle persone coinvolte nel settore agricolo dei Paesi beneficiari nel quadro del regime SPG dell'UE, e quindi l'Unione europea è tenuta a vigilare affinché tali Stati promuovano lo sviluppo del settore agricolo locale nel rispetto delle convenzioni allegate al sistema di preferenze generalizzate.

Per comprendere gli effetti dell'SPG sui prodotti agricoli dei PVS e dei PMA, si prenda a titolo d'esempio lo zucchero, uno dei principali prodotti importato dall'UE a dazio zero, in virtù del regime speciale *Everything But Arms*. Si stima che nel decennio 2010-2020 in corso, la domanda di zucchero dell'Unione sia destinata a salire di un ulteriore 25% rispetto al decennio precedente⁸⁶. Tale incremento di domanda ha delle conseguenze dirette sui diritti sociali delle popolazioni locali, con un aumento di pressione sulle terre e conflitti legati al loro possesso tra comunità locali e società dell'*agribusiness*⁸⁷. Proprio per questo numerose organizzazioni non governative⁸⁸ considerano l'SPG come una delle principali cause di *land grabbing* nei Paesi in via di sviluppo e meno avanzati, in quanto incentiva la produzione di coltivazioni intensive, quali ad esempio la canna da zucchero destinata al mercato dei biocarburanti dell'UE, senza dare alcuna garanzia alle popolazioni locali che vengono private delle loro terre⁸⁹.

L'SPG ha, inoltre, importanti ricadute sul modello di produzione agricola dei PVS e dei PMA. Nella maggior parte dei casi gli agricoltori e gli allevatori locali vengono impiegati come lavoratori subordinati nelle nuove società che vanno a sostituire le piccole realtà agricole locali. L'obiettivo principale è aumentare la produzione agricola locale ai fini dell'esportazione negli Stati membri dell'UE. Al riguardo è stato considerato che il modello agro-alimentare industriale, monoculturale, estensivo, orientato all'esportazione e incorporato nelle catene di trasformazione e commercializzazione su larga scala controllate dalle multinazionali agro-alimentari metterebbe a rischio la sovranità alimentare delle popolazioni locali⁹⁰.

A dimostrazione di quanto sopra indicato, pare utile fare un breve cenno all'incremento delle coltivazioni di canna da zucchero in Cambogia. A dare forte impulso alle esportazioni cambogiane di zucchero sono state le vantaggiose condizioni commer-

⁸⁵ Per un approfondimento si rinvia al sito della Commissione www.ec.europa.eu.

⁸⁶ Si vedano i dati sul sito della Commissione europea.

⁸⁷ P. McMICHAEAL, *Land Grabbing as Security Mercantilism in International Relations*, in M.E. MARGULIS, N. McKEON, S.M. BORRAS JR. (eds.), *Land Grabbing and Global Governance*, Abingdon, 2013, pp. 47-64; M. MANFREDI, *Foreign Direct Investments in African lands: the Chinese and EU different approach*, in *DPCE online*, 2017, pp. 193-213.

⁸⁸ Sul punto si rimanda ai numerosi rapporti reperibili sulle pagine web di ActionAid, Oxfam, Fian International e Grain.

⁸⁹ K. LAAKSONEN, J. PULLI, *Sugar markets and the Everything but arms (EBA) of the European Union*, Helsinki, 2003, pp. 11-51; M. NINO, *Land grabbing e sovranità territoriale in diritto internazionale*, Napoli, 2018, p. 23 ss.

⁹⁰ Si vedano, *ex multis*, S.M. BORRAS JR., J.C. FRANCO, S. GOMEZ, C. KAY, M. SPOOR, *Land Grabbing in Latin America and the Caribbean*, in *Journal of Peasant Studies*, 2012, p. 851 ss. I sistemi di produzione alimentare contadini, di tipo familiare, tradizionali, su piccola scala, vengono indicati come le alternative da tutelare e promuovere, attraverso riforme agrarie, sostegni diretti, subordinati alla transizione verso pratiche agro-ecologiche e sostenibili, e poi con la protezione dei mercati locali, contro il *dumping* di prodotti importati, garantendo prezzi stabili e remunerativi.

ciali di cui il Paese gode nell'ambito del regime speciale EBA, che, come illustrato da diversi rapporti⁹¹, sta favorendo il fenomeno dell'accaparramento di terre da parte di poche società multinazionali dell'*agribusiness* e la produzione intensiva di canna da zucchero, causando così perdita di terre e di lavoro delle popolazioni locali⁹². La Commissione europea ha esortato il governo cambogiano a istituire un meccanismo indipendente e trasparente per far fronte alle richieste di indennizzo derivanti dalle concessioni di terreni da destinare alla coltivazione di canna da zucchero⁹³.

Purtroppo, nonostante due risoluzioni urgenti approvate dal Parlamento europeo nel 2012⁹⁴ e nel 2014⁹⁵, in cui si chiedeva alla Commissione di avviare un'indagine sulle violazioni dei diritti umani in Cambogia e di decidere sulla revoca delle preferenze generalizzate, la Commissione europea non è intervenuta per lungo tempo. Per capire come questo sia stato possibile, va considerato che l'Unione rappresenta il principale mercato di sbocco dei prodotti agricoli cambogiani: di fatto l'UE importa il 90% delle esportazioni provenienti dal Paese e il governo della Cambogia ha importanti interessi nel settore dell'agroalimentare⁹⁶.

Solo nel luglio del 2018, una delegazione della Commissione europea e del Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE) ha visitato la Cambogia per valutare la situazione, a seguito delle numerose denunce per violazioni dei diritti umani e diritti dei lavoratori in tale Paese⁹⁷.

Il caso illustrato induce a riflettere su come sia possibile tutelare più efficacemente i diritti economici e sociali delle persone coinvolte nel settore agricolo dei Paesi beneficiari di preferenze commerciali e su come la Commissione possa promuovere una politica commerciale coerente con i principi fondanti l'azione esterna dell'Unione.

⁹¹ Il rapporto che ha avuto maggiore rilevanza e ha suscitato forte indignazione nell'opinione pubblica è sicuramente quello redatto da OXFAM, *Zucchero amaro. Quali diritti sulle terre nelle filiere di produzione delle multinazionali del cibo?*, 2013, www.oxfamitalia.org.

⁹² Nel 2006 è iniziato lo sgombero delle terre nel distretto di Sre Ambel in Cambogia per far posto ad una piantagione di zucchero di 18.057,32 ettari controllata dalla multinazionale thailandese dello zucchero *Thai Khon Kaen Sugar Co Ltd*. Quasi 500 famiglie di tre villaggi hanno perso le loro terre a seguito delle operazioni di compravendita tra la società e il governo cambogiano, senza essere state preventivamente consultate e senza avere ricevuto un adeguato indennizzo. I rappresentanti delle società investitrici, dal canto loro, sostengono di aver pagato l'indennizzo alle famiglie espropriate dalle loro terre secondo quanto stabilito dalla normativa cambogiana, mentre il Governo ritiene che gli indennizzi siano stati erogati secondo la legge e che solo alcune famiglie non abbiano avuto alcuna forma di compenso perché incapaci di fornire adeguata documentazione e titoli attestanti il loro diritto di proprietà. L'assenza di sistemi di registrazione fondiaria, inoltre, ha aggravato il problema, perché molti agricoltori non possiedono i documenti per confermare la proprietà della loro terra. Per un approfondimento si veda *EQUITABLE CAMBODIA - INCLUSIVE DEVELOPMENT INTERNATIONAL, Bittersweet Harvest: A Human Rights Impact Assessment of the European Union's Everything But Arms Initiative in Cambodia*, 2013, reperibile online.

⁹³ Tali richieste trovano il proprio fondamento principalmente nelle raccomandazioni e sulle conclusioni disponibili dell'OIL e di altri organismi delle Nazioni Unite che monitorano le convenzioni sui diritti umani e sui diritti dei lavoratori. L'uso di queste raccomandazioni e conclusioni consente di valutare in modo obiettivo e trasparente l'attuazione degli impegni internazionali assunti.

⁹⁴ Risoluzione del Parlamento europeo sulla situazione in Cambogia, 23 ottobre 2012, doc. 2012/2844 (RSP).

⁹⁵ Risoluzione del Parlamento europeo sulla situazione dei difensori dei diritti umani e sull'attività dell'opposizione in Cambogia e in Laos, 14 gennaio 2014, doc. 2014/2515 (RSP).

⁹⁶ S.N. ÉVORA, *The WTO Legality of the Withdrawal of Tariff Preferences Based on Human Rights Violations: the Case of the EU GSP in Cambodia*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2015, pp. 118-128.

⁹⁷ Per maggiori informazioni si rinvia a www.eeas.europa.eu.

Secondo alcuni autori⁹⁸, una prima risposta può essere individuata nel riconoscimento di più poteri al Parlamento europeo nell'esecuzione del regolamento istitutivo dell'SPG, attraverso un coinvolgimento maggiore nella fase di monitoraggio. Chi scrive propone l'inserimento di una norma che preveda consultazioni del Parlamento sugli effetti delle preferenze generalizzate nei PVS e nei PMA più frequenti, eventualmente ogni sei mesi, al fine di limitare l'ampio margine di discrezionalità della Commissione.

Una seconda risposta può essere colta nelle norme del regolamento SPG che conferiscono alcuni diritti alle "parti interessate", consistenti nella presentazione di note nel corso della procedura di inchiesta⁹⁹. Anche se non sono altrimenti indicate né ulteriormente specificate, sembra comunque lecito ritenere che tali parti siano terze rispetto alle istituzioni dell'Unione coinvolte nella procedura e al PVS in causa, e si possano individuare in qualsiasi persona fisica o giuridica e in qualsiasi associazione priva di personalità giuridica che possa dimostrare un interesse alla misura di revoca temporanea¹⁰⁰. Il rafforzamento di tale misura potrebbe contribuire a rendere il sistema di preferenze generalizzate dell'UE più trasparente e più idoneo a cogliere le esigenze dei produttori agricoli e delle popolazioni locali.

6. Il sistema di preferenze generalizzate ha evidenti ricadute anche sul mercato dell'UE. Le importazioni di prodotti, specialmente quelli agricoli, possono creare una concorrenza diretta con prodotti dell'UE simili.

Il regime generale prevede una sospensione totale dei dazi della tariffa doganale comune per i prodotti non sensibili, cioè le merci la cui importazione non produce un effetto particolarmente negativo sulle merci dell'UE equivalenti. Ai prodotti sensibili, cioè quelli che competono a tutti gli effetti con i loro equivalenti dell'Unione europea, si applica invece una semplice riduzione dei dazi doganali¹⁰¹. La riforma introdotta dal regolamento 978/2012 ha portato ad un'espansione, seppur limitata, della copertura dello schema: sono stati aggiunti prodotti non sensibili; inoltre, alcuni prodotti precedentemente classificati come sensibili sono oggi considerati non sensibili e, dunque, possono essere importati in regime di franchigia doganale¹⁰². Restano ancora esclusi dalle preferenze i prodotti agricoli, sui quali l'Unione europea non è ancora disposta a negoziare, anche a causa delle forti pressioni delle *lobbies* del settore agricolo in Parlamento e in Commissione¹⁰³.

Lo schema di preferenze generalizzate dell'Unione include anche una clausola di salvaguardia¹⁰⁴.

⁹⁸ S. VELLUTI, *The trade-labour linkage*, cit.; L. VAN DE PUTTE, F. DE VILLE, J. ORBIE, *op. cit.*

⁹⁹ Cfr. art. 19 regolamento 978/2012.

¹⁰⁰ Art. 23 regolamento (CE) n. 2820/98. Per un approfondimento si rinvia a L. MOLA, *I diritti umani nelle relazioni economiche esterne dell'Unione europea: il Sistema di preferenze generalizzate*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Torino, 2010, p. 117 ss.

¹⁰¹ G. SILES-BRÜGGE, *op. cit.*, pp. 51-57.

¹⁰² Art. 7 regolamento 978/2012. Per i prodotti sensibili la riduzione daziaria è di 3,5 punti percentuali; per i prodotti delle sezioni "S-11 a" e "S-11 b" (prodotti tessili appartenenti ai capitoli della tariffa doganale da 50 a 63) dell'allegato V del regolamento n.987/2012, la riduzione è del 20%.

¹⁰³ Sul punto si rinvia all'analisi di U. STEINER BRANDT, G. TINGAARD SVENDSEN, *The Politics of Persuasion. Should lobbying be regulated in the EU?*, Cheltenham, 2016, p. 30 ss.

¹⁰⁴ Si veda il capo VI del regolamento 978/2012.

Le clausole di salvaguardia, come noto, sono strumenti volti a consentire ad uno Stato membro che si trovi in una situazione di difficoltà oggettiva nell'adempimento di un obbligo, di tenere un comportamento non in linea con gli impegni assunti¹⁰⁵. Le misure previste dal capo VI del regolamento 978/2012 sono comunemente intese come *escape clauses*, in quanto disciplinano ipotesi nelle quali un settore produttivo nazionale di uno Stato membro subisca un grave pregiudizio, a causa del rilevante incremento delle importazioni provenienti dal territorio dello Stato beneficiario dell'SPG¹⁰⁶.

Le citate misure si ispirano all'art. XIX del GATT, dedicato all'ipotesi di "misure d'urgenza concernenti l'importazione di prodotti determinati". Tale disposizione conferisce ai Membri dell'OMC il diritto di sospendere l'applicazione di un obbligo, o di modificare o revocare una concessione tariffaria, se ciò sia necessario a prevenire o rimediare a un grave pregiudizio sofferto dai produttori nazionali di un dato bene, sorto in seguito a un considerevole incremento delle importazioni, a sua volta determinato da un'evoluzione imprevista delle circostanze e dall'attuazione delle norme OMC oggetto della revoca, modifica o sospensione¹⁰⁷.

Nel regolamento attualmente in vigore è prevista una clausola di salvaguardia generale di cui la UE può avvalersi nei confronti dei prodotti dei PVS che si rivelino "troppo competitivi". Infatti, il regolamento consente alla UE di ristabilire i dazi della tariffa doganale comune sui prodotti importati "a condizioni tali da danneggiare o da minacciare di danneggiare gravemente un produttore comunitario di prodotti simili o direttamente concorrenti"¹⁰⁸.

In particolare, l'art 22 del regolamento prevede misure di salvaguardia con atti delegati da parte della Commissione. Si tratta di una disposizione con una tipica funzione "precauzionale", in quanto è evidentemente volta a limitare il rischio che l'accesso libero o preferenziale garantito alle merci originarie dei Paesi beneficiari possa danneggiare i prodotti dell'Unione concorrenti.

L'applicazione della clausola di salvaguardia nel regime SPG potrebbe apparire a prima vista in contrasto con gli obiettivi del regolamento 978/2012, il quale mira ad incrementare le esportazioni e generare ricchezza nei Paesi in via di sviluppo e meno sviluppati. Del resto, indipendentemente dall'adozione di tali misure, la semplice presenza di questa clausola è idonea a danneggiare i Paesi beneficiari, poiché potrebbe esporre gli esportatori al rischio di vedere ostacolate le loro esportazioni verso la UE qualora i loro prodotti divengano effettivamente in grado di competere e anzi di prevalere sui prodotti concorrenti dell'Unione europea¹⁰⁹.

Nel corso dell'iter di approvazione del regolamento in vigore, il Parlamento europeo aveva apportato delle modifiche alla proposta della Commissione, valorizzando le clausole di salvaguardia a protezione dei produttori dell'UE e facendo proprie le istanze delle associazioni di categoria degli Stati membri volte a limitare l'accesso

¹⁰⁵ Per un approfondimento sulla natura e sugli effetti delle clausole di salvaguardia economica si rinvia a F. BESTAGNO, *Le clausole di salvaguardia economica nel diritto internazionale*, Milano, 1998.

¹⁰⁶ M.J. TREBILCOCK, *Advanced Introduction to International Trade Law*, Cheltenham, 2015, p. 186 ss.; P. VAN DEN BOSSCHE, W. ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, cases and materials*, Cambridge, 2017, p. 544 ss.

¹⁰⁷ Art. XIX, par. 1 a), GATT.

¹⁰⁸ Art. 22 regolamento 978/2012.

¹⁰⁹ Y.S. LEE, *Reclaiming Development in the World Trading System*, Cambridge, 2006, pp. 104-105.

dei prodotti provenienti dai Paesi beneficiari dell'SPG¹¹⁰. A titolo d'esempio, si noti come nel regolamento 978/2012 sia stata introdotta una specifica disposizione che prevede particolari misure di salvaguardia, ancora più restrittive, nei settori tessile, dell'agricoltura e della pesca¹¹¹. Grazie anche all'intervento del Parlamento europeo¹¹² si è voluta garantire una tutela specifica a settori particolarmente protetti nell'ambito della politica agricola comune, così come all'industria tessile dell'Unione, che soffre della concorrenza asiatica. Tali clausole rappresentano certamente uno strumento positivo di protezione laddove, però, la Commissione le applichi in modo restrittivo e tenga in considerazione le implicazioni che l'attuazione di tali misure ha sulle esigenze di sviluppo dei Paesi beneficiari.

Nel sistema in vigore, il Parlamento ha certamente contribuito ad individuare criteri più dettagliati e precisi per l'adozione delle misure di salvaguardia, limitando in tal modo la discrezionalità della Commissione¹¹³.

Il Parlamento europeo, oltre ad essere informato dalla Commissione sullo stato della procedura, dispone di un vero e proprio potere di revoca della delega alla Commissione ad adottare gli atti necessari per l'applicazione della clausola di salvaguardia¹¹⁴. L'inclusione, quindi, di tale Istituzione nel processo decisionale contribuisce certamente a favorire un maggior consenso sulle decisioni volte a reintrodurre i dazi sui prodotti dei Paesi beneficiari dell'SPG, ma rappresenta anche una possibilità in più per gli operatori economici attivi nel territorio dell'Unione di vedere rappresentati e tutelati i loro interessi, anche al di là del mercato interno¹¹⁵. Tale aspetto è di grande rilevanza se si considera che i gruppi di interessi possono partecipare alle riunioni del Parlamento europeo, incontrare gli eurodeputati e sensibilizzarli su determinati temi.

Il regolamento 978/2012 prevede, inoltre, che per motivi di urgenza debitamente giustificati legati a un deterioramento della situazione economica e/o finanziaria dei produttori dell'Unione e qualora il ritardo possa provocare un danno al quale sarebbe difficile porre rimedio, alla Commissione è conferito il potere di adottare atti di esecuzione immediatamente applicabili al fine di ristabilire i normali dazi della tariffa doganale comune per un periodo massimo di un anno¹¹⁶.

Le decisioni formali di avvio dell'indagine sono prese dalla Commissione. L'inchiesta viene pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea mediante una sintesi delle informazioni ricevute e qualsiasi informazione pertinente è inviata alla Commissione da parte delle "parti interessate", ovvero da coloro che sono

¹¹⁰ Relazione del Parlamento europeo, doc. A7-0054/2012. Per un approfondimento si veda M. KRAJEWSKI, *op. cit.* Sull'attività di *lobbying* presso il Parlamento europeo si rinvia a W. LEHMANN, *op. cit.*

¹¹¹ Art. 29 regolamento 978/2012: "ogni anno la Commissione adotta un atto di esecuzione al fine di abolire le preferenze tariffarie di determinati prodotti agricoli ed ittici, qualora le importazioni di tali prodotti, a seconda dei casi, siano originarie di un Paese beneficiario e il loro totale: a) aumenti di almeno il 13,5% in quantità (in volume) rispetto al precedente anno civile; oppure b) per i prodotti delle sezioni SPG S-11a e S-11b dell'allegato V, superi la quota di cui all'allegato VI, punto 2, del valore delle importazioni nell'Unione di prodotti delle sezioni SPG S-11a e S-11b dell'allegato V provenienti da tutti i paesi e i territori elencati nell'allegato II durante tutti i periodi di dodici mesi".

¹¹² Il dibattito sullo schema di preferenze generalizzate al Parlamento europeo è consultabile all'indirizzo www.europarl.europa.eu.

¹¹³ L. VAN DE PUTTE, F. DE VILLE, J. ORBIE, *op. cit.*, pp. 64-65.

¹¹⁴ Art. 36, par. 3, regolamento 978/2012.

¹¹⁵ G. SILES-BRÜGGE, *op. cit.*, pp. 49-62.

¹¹⁶ Art. 25 regolamento 978/2012.

coinvolti nella produzione, distribuzione e/o vendita dei prodotti che beneficiano del regime preferenziale¹¹⁷.

Nel corso di tali indagini, la Commissione raccoglie le informazioni relative ai produttori dell'Unione, che riguardano fattori quali la quota di mercato, la produzione, le scorte, la capacità di produzione, le procedure di fallimento, la redditività, l'utilizzazione degli impianti, l'occupazione, le importazioni e i prezzi¹¹⁸. L'analisi di tali indici consente alla Commissione di verificare se i produttori dell'Unione subiscano un deterioramento della loro situazione economica e/o finanziaria a causa della concorrenza del prodotto importato a tariffa ridotta o a dazio zero.

Per la prima volta, nel febbraio del 2018, l'Italia ha inviato una richiesta alla Commissione europea volta all'attivazione della clausola di salvaguardia per la tutela di una particolare tipologia di riso¹¹⁹. Nella richiesta si legge che i risicoltori italiani sostengono che le importazioni di riso "Indica" dalla Cambogia e dal Myanmar, Paesi beneficiari del regime EBA, stanno causando gravi danni di natura economica ai coltivatori e ai trasformatori dell'UE del prodotto simile. In effetti, il trattamento preferenziale concesso dall'Unione alla Cambogia e al Myanmar pare avere consentito a tali Paesi di incrementare le esportazioni di riso "Indica" e di affermarsi sul mercato del riso dell'Unione a danno dei coltivatori dell'UE del prodotto simile analogo¹²⁰.

Di fronte alla strategia commerciale dei produttori e degli esportatori cambogiani e birmani di riso "Indica", i coltivatori dell'UE sono costretti a ridurre le aree destinate alla coltivazione di tale tipologia di riso con conseguenti danni alle proprie attività agricole e più in generale alla risicoltura dell'Unione. A fronte di tale situazione, molti agricoltori dell'UE, in particolare i risieri meridionali, hanno dovuto sostituire la produzione di riso "Indica" semilavorato e lavorato con altre colture meno redditizie.

La richiesta dello Stato italiano e delle organizzazioni di risicoltori mette in luce due interessi contrapposti: da una parte la salvaguardia di un prodotto rilevante per il settore agricolo dell'Unione e, dall'altra, la necessità di mantenere trattamenti preferenziali commerciali con la Cambogia e il Myanmar¹²¹. Il Parlamento europeo è intervenuto attivamente, attraverso più di 100 interrogazioni nel corso della legislatura 2014-2019, sollecitando la Commissione ad attivare la procedura prevista dall'art. 22 del regolamento al fine di tutelare i risicoltori dell'UE¹²².

Solo nel gennaio 2019 la Commissione, verificata la sussistenza dei presupposti per la reintroduzione dei dazi sul riso "Indica" previsti dalla tariffa doganale comune, ha adottato il regolamento di esecuzione che istituisce misure di salvaguardia in relazione alle importazioni di riso Indica originario della Cambogia e del Myanmar¹²³.

¹¹⁷ Art. 24 regolamento 978/2012.

¹¹⁸ Art. 23 regolamento 978/2012.

¹¹⁹ Il prodotto in esame è il riso "Indica" grezzo e finito importato dalla Cambogia e Myanmar che beneficia del regime EBA.

¹²⁰ Il contenuto della richiesta dell'Italia del 16 febbraio 2018 è in parte riportato nell'avviso 2018/C 100/13 della Commissione, del 16 marzo 2018, sull'apertura di un'inchiesta di salvaguardia relativa alle importazioni di riso Indica originario della Cambogia e del Myanmar.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Per l'elenco delle interrogazioni del Parlamento sull'applicazione della clausola di salvaguardia si rinvia a www.europarl.europa.eu.

¹²³ Regolamento di esecuzione (UE) 2019/67 della Commissione, del 16 gennaio 2019, che istituisce misure di salvaguardia in relazione alle importazioni di riso "Indica" originario della Cambogia e del Myanmar/Birmania.

Da quanto brevemente esposto risulta che il Parlamento europeo ha contribuito a rendere più dettagliate e più trasparenti le procedure e le misure volte a proteggere il mercato interno rispetto ai regimi precedenti. Ciononostante, il Parlamento resta il principale interlocutore nonché punto di riferimento dei produttori e degli operatori commerciali dell'UE. Questo può rappresentare un rischio, soprattutto laddove la maggioranza dei parlamentari sostenga politiche commerciali protezionistiche tali da rendere l'SPG sempre meno coerente ai valori fondanti la politica commerciale comune e di cooperazione allo sviluppo dell'UE.

7. Nel delineare il ruolo del Parlamento europeo nel sistema di preferenze generalizzate dell'Unione, si è notato innanzitutto come l'art. 207, par. 2, TFUE abbia esteso l'applicazione della procedura legislativa ordinaria anche agli atti legati alla politica commerciale comune e, pertanto, il consenso del Parlamento europeo sia oggi necessario per l'adozione degli atti istitutivi dei sistemi di preferenze generalizzate.

I regolamenti istitutivi di un sistema di preferenze generalizzate consentono all'Unione europea di selezionare le esigenze che intende affrontare valorizzando determinati principi o diritti (condizioni all'accesso a preferenze ulteriori), e di sostenerne il valore fondamentale (condizioni alla revoca).

Come è stato sopra indicato, la politica commerciale comune dell'UE si fonda sui principi e persegue gli obiettivi definiti nelle disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione indicati all'art. 21 TUE. Essa deve essere altresì coerente con gli obiettivi della politica di cooperazione allo sviluppo previsti dall'art. 208 TFUE, specie per quanto riguarda l'eliminazione della povertà e la promozione dello sviluppo sostenibile e del buon governo nei PVS. Si può, quindi, ritenere certamente che il rispetto dei diritti umani non solo sia un obiettivo lecito della conduzione della politica commerciale comune, in particolare nell'SPG, ma anzi ne ponga un requisito di legittimità.

Partendo da tali presupposti, il presente articolo ha voluto verificare se il ruolo del Parlamento europeo nel sistema di preferenze generalizzate dell'UE sia idoneo a promuovere una politica commerciale coerente con i principi fondanti l'azione esterna.

Anzitutto, il contributo del Parlamento europeo alla promozione dei diritti fondamentali è stato rilevante nel rendere più dettagliati e stringenti i criteri di eleggibilità dei Paesi beneficiari del sistema SPG *plus*¹²⁴. Il regolamento 978/2012 precisa ulteriormente, rispetto ai precedenti regimi, tali criteri e stabilisce più dettagliatamente le condizioni che qualificano il rispetto e l'applicazione effettiva delle convenzioni internazionali, a cui è subordinata la concessione delle preferenze aggiuntive¹²⁵.

Ciononostante, nei precedenti paragrafi sono emerse in più punti le criticità delle preferenze commerciali dell'Unione europea, a partire dal sistema di revoca e dall'individuazione dei Paesi e dei prodotti beneficiari.

Nel sistema attualmente in vigore è ampia la discrezionalità lasciata alla Commissione e pochi sono i meccanismi di controllo. La scelta dell'adozione di uno schema preferenziale, la definizione della lista dei Paesi beneficiari, la selezione dei prodotti coperti dalle preferenze, insieme a molti altri aspetti della disciplina

¹²⁴ Relazione del Parlamento europeo, doc. A7-0054/2012.

¹²⁵ Per poterle ottenere, infatti, un Paese deve ratificare tutte le ventisette convenzioni fondamentali elencate nell'allegato VII al regolamento e "le conclusioni disponibili più recenti degli organi di controllo competenti a norma di tali convenzioni (...) non rilevino gravi carenze nell'attuazione effettiva di tali convenzioni" (art. 9, par. 1, lett. b, regolamento 978/2012).

sono stabiliti esclusivamente dall'Unione. Anche le esigenze di sviluppo dei Paesi destinatari, a cui i trattamenti tariffari intendono rispondere, sono scelte individuate come prioritarie unicamente dalla Commissione. Non si tratta di decisioni arbitrarie, dovendosi riferire a criteri oggettivi, ma queste però escludono interamente dal processo decisionale i Paesi in via di sviluppo.

Un altro aspetto del sistema di preferenze generalizzate dell'Unione europea che solleva dubbi è la portata delle misure sanzionatorie. La promozione dei diritti umani secondo la condizionalità negativa delle preferenze è attuata attraverso la revoca dei benefici tariffari in caso di mancata effettiva applicazione delle convenzioni elencate nell'allegato VIII del regolamento 978/2012. I casi analizzati nel corso del presente lavoro hanno, però, evidenziato la mancata reale efficacia della clausola di condizionalità prevista dall'SPG.

Una soluzione a tali problematiche potrebbe consistere in una maggiore partecipazione all'attività di monitoraggio da parte del Parlamento europeo, attraverso consultazioni più frequenti e più mirate sulla tutela dei diritti fondamentali nei Paesi beneficiari dell'SPG.

L'inclusione del Parlamento europeo nel processo decisionale e un suo maggior coinvolgimento nella fase di attuazione delle preferenze generalizzate favorisce certamente una maggior trasparenza nell'SPG e limita la discrezionalità della Commissione, ma rappresenta anche una possibilità in più per gli operatori economici attivi nel territorio dell'Unione di vedere rappresentati e tutelati i loro interessi.

È stato, infatti, evidenziato che nella fase di approvazione del regolamento 978/2012 così come nella richiesta di attivazione della clausola di salvaguardia a tutela del riso "Indica", il Parlamento europeo si è fatto portatore degli interessi degli importatori e delle associazioni di categoria volti a tutelare la produzione locale e a porre restrizioni all'ingresso di prodotti provenienti dai Paesi in via di sviluppo e meno avanzati.

Se quindi da un lato il coinvolgimento del Parlamento europeo nel sistema di preferenze generalizzate può contribuire ad un maggior controllo sull'operato della Commissione, dall'altro può rappresentare un limite alla promozione di una politica commerciale coerente con i principi fondanti l'azione esterna dell'UE, soprattutto laddove la maggioranza dei suoi membri sia più favorevole a proteggere gli interessi commerciali degli operatori economici dell'Unione rispetto che a promuovere l'integrazione dei PVS e dei PMA nel sistema degli scambi commerciali.

Abstract

The European Parliament's Role in Trade Regulation with Developing Countries: The Case of GSP

The present article investigates the European Parliament's role in the EU GSP and its suitability in the promotion of the coherence between EU trade policy and the principles of the EU external policy. The empowerment of the European Parliament in the EU GSP decision-making process can favour the implementation of the human rights standards and enhance the transparency of the monitoring process. However, the European Parliament's involvement in the GSP could subject EU trade policy to the impacts of EU domestic politics and push EU trade relations in a more protectionist direction by excluding specific products from beneficiary countries and by lowering the threshold for safeguard measures.



Recensioni

Giovanni Cellamare, Ivan Ingravallo (editors)

Peace Maintenance in Africa. Open Legal Issues

Cham, Springer-Giappichelli, 2018, pp. VIII-190



Non è semplice recensire un'opera collettanea, cioè un volume che sotto un tema di carattere generale – nel nostro caso il mantenimento della pace in Africa – raccoglie una serie di studi che presentano profili di analisi diversificati, in quanto è necessario seguire una logica espositiva che cerchi di dare conto della complessità delle analisi proposte. Per spiegare al lettore la ricchezza del contenuto del volume curato da Giovanni Cellamare e Ivan Ingravallo ho deciso di fare, anzitutto, qualche considerazione sul tema generale e, successivamente, di provare a confrontarmi con ciascuna delle questioni trattate dai singoli contributi. Per questo secondo aspetto è ovvio che sarò costretto a una operazione di sintesi che certamente non sarà in grado di dare conto della qualità dell'analisi che caratterizza tutti i contributi presenti nel volume.

Parlare del mantenimento della pace e della sicurezza in Africa significa affrontare una parte notevole delle situazioni che contribuiscono alla crisi delle relazioni internazionali attuali e che evidenziano la problematicità del ruolo delle organizzazioni internazionali, universali e regionali, che intervengono nel continente africano con compiti multifunzionali.

In termini di prassi internazionale ci troviamo di fronte a una notevole dimensione quantitativa di casi che, sebbene presentino tratti comuni dal punto di vista dei problemi giuridici che sollevano, non mancano di elementi di differenziazione, i quali rendono difficile il tentativo di una sistemazione unitaria.

Credo che questo ben si evinca dal volume sin dallo studio di apertura che Cellamare dedica all'analisi dei rapporti tra il Consiglio di sicurezza dell'ONU e il Consiglio della pace e della sicurezza dell'UA, nel quale è messo in evidenza il quadro complessivo dei problemi giuridici sollevati dai rapporti tra l'organizzazione universale e quella regionale rispetto alle numerose *peacekeeping operations* presenti in Africa.

Tralascio di entrare nel merito delle questioni giuridiche che Cellamare analizza, anche perché in larghissima parte condivido l'approccio e le soluzioni che propone nel delineare le regole che reggono e devono reggere i rapporti tra l'ONU e l'UA e tra questa e le organizzazioni sub-regionali che operano nel continente africano. Un quadro giuridico nel quale le Nazioni Unite, attraverso il Consiglio di sicurezza, hanno un ruolo primario rispetto alle altre organizzazioni coinvolte; mentre al Consiglio della pace e della sicurezza dell'UA è riservato un ruolo di organo di riferimento per la cooperazione tra le organizzazioni regionali.

Tutto ciò nel contesto di trasformazioni del quadro sistemico internazionale che hanno indotto non pochi cambiamenti anche per quanto riguarda il rapporto tra organizzazione universale e organizzazioni regionali, un rapporto sempre più improntato alla cooperazione e al coordinamento nel tentativo di dare maggiore efficacia e ridurre i costi dell'azione per il mantenimento della pace. Nel concreto, ciò ha significato tentare di sgravare il Consiglio di sicurezza dal peso di troppe operazioni di pace, decentrandone una parte agli enti regionali, ma senza incidere sul ruolo di direzione e coordinamento affidato all'ONU. Dal versante delle Nazioni Unite, tutti i documenti più importanti che hanno affrontato il tema della riforma del mantenimento della pace ci danno questa indicazione, a partire dalla ben nota *Agenda per la pace* di Boutros-Ghali. Ha funzionato tale approccio? Questa è la domanda alla quale bisogna dare una risposta e i rapporti tra ONU e UA costituiscono a tal fine un laboratorio di grande importanza.

Proprio sotto quest'ultimo profilo vorrei provare a svolgere qualche considerazione ulteriore. È mia opinione che i rapporti tra ONU e UA, proprio per quanto concerne il mantenimento della pace, non sempre risultano efficienti ed efficaci. Anzi, le potenzialità che pure li caratterizzano stentano ad assumere concretezza e, al contrario, si generano numerosi problemi tra i quali è facile segnalare: la presenza di strutture burocratiche molto differenti tra di loro che rendono le relazioni complesse e spesso caratterizzate da tensioni; l'incapacità di dialogo dei meccanismi congiunti che pure vengono istituiti; rapporti complicati dalla notevole asimmetria tra le due organizzazioni sotto molteplici profili, ma soprattutto per quanto concerne le enormi differenze nelle capacità di risorse finanziarie e militari.

Tralasciando il versante ONU – i cui limiti strutturali, gestionali, operativi e finanziari sono da tempo noti – vorrei brevemente dire qualcosa a proposito dell'UA, stimolato dalle riflessioni esposte da Giuseppe Pascale nel suo lavoro, nel quale si mette bene in evidenza, a mio modo di vedere, sulla falsa riga delle indicazioni presenti anche nel contributo di Cellamare, la tensione esistente tra la volontà di autonomia dell'organizzazione regionale per quanto concerne il mantenimento della pace e la forte dipendenza dagli aiuti esterni, considerata la scarsità delle risorse di cui dispone. L'analisi di Pascale mostra chiaramente come sul piano formale l'UA abbia costruito un'architettura per la pace proprio nella prospettiva di garantirsi una autonomia d'azione che, tuttavia, stenta a realizzarsi per l'assenza di risorse adeguate che possono venire solo da donatori internazionali. I limiti di questa situazione ben si evincono dall'analisi della cornice istituzionale (complessa e frammentata) e dell'attività operativa (qui le difficoltà derivano molto spesso dalla presenza congiunta sul terreno anche degli attori sub-regionali) dell'ente regionale africano. Con la conseguenza che non sono insoliti i casi in cui, di fronte all'incapacità dell'attore regionale, l'organizzazione universale è costretta a riprendere nelle proprie mani la responsabilità dell'intervento.

Così non è quando l'attore regionale è forte sotto tutti i profili e può vantare un'esperienza di interventi operativi di un certo rilievo. È il caso dell'UE e della NATO alle quali sono dedicati rispettivamente i lavori di Criseide Novi e Leonardo Pasquali. Lo studio di Criseide Novi mette bene in luce il ruolo importantissimo della cooperazione tra NU e UE per il mantenimento della pace, il suo sviluppo attraverso il rispetto del quadro giuridico di riferimento, cioè l'autorizzazione e

l'azione di controllo sulle operazioni militari da parte del Consiglio di sicurezza dell'ONU. Anzi, alcune operazioni militari – quella in Congo, quella nel Ciad e quella nella Repubblica centroafricana – che sono caratterizzate da elementi di “robustezza” (come si usa dire oggi per mascherare gli interventi di *enforcement*) di non poco significato, danno lo spunto all'A. per ricostruire uno specifico modello di intervento militare. Un modello che, tuttavia, presenta aspetti sia positivi, in termini di cooperazione con le Nazioni Unite e di credibilità dell'UE come partner per il mantenimento della pace, sia negativi, soprattutto sul piano operativo. Sotto questo profilo il problema sta nella debolezza della politica europea di sicurezza e difesa che è ancora troppo intergovernativa e, quindi, sconta il peso e l'influenza delle sovranità statali, specialmente di quelle forti.

Nel caso della NATO il modello di intervento “fuori area”, in Africa o altrove, mostra maggiori rischi di non conformità con il quadro giuridico internazionale di riferimento – il capitolo VIII della Carta dell'ONU per essere chiari – per la tendenza della NATO ad approfittare delle ambiguità delle sue auto-trasformazioni, attraverso i diversi concetti strategici, da patto difensivo a organizzazione regionale per il mantenimento della pace. Da ciò la propensione a presentarsi come “poliziotto mondiale”, un ruolo che crea più problemi di quelli che vorrebbe risolvere, soprattutto nello scenario europeo dove la Russia ha troppo spesso l'inclinazione a ritornare al “modello sovietico”, specialmente quando in gioco ci sono questioni strategiche di enorme rilevanza. In Africa, ci dice lo studio di Leonardo Pasquali, la presenza della NATO è maggiormente rispettosa delle regole internazionali quando opera in supporto delle organizzazioni regionali appartenenti al continente. Cioè, le caratteristiche del concetto strategico del 1999, “cooperazione con le altre organizzazioni” e “rispetto del diritto internazionale”, sembrano maggiormente osservate e non vi sarebbe il rischio di abuso del ruolo militare che troppo spesso si è materializzato in relazione agli interventi autorizzati dal Consiglio di sicurezza dell'ONU.

Particolarmente interessante è il lavoro di Anna Viterbo che completa il quadro degli attori internazionali presenti in Africa negli scenari di crisi analizzando il ruolo degli istituti finanziari internazionali, in particolare il gruppo della Banca mondiale e il Fondo monetario internazionale. In sintesi, l'analisi svolta dall'A. induce a riflettere sui limiti dell'azione di tali enti non solo per la scarsità e l'instabilità dell'intervento finanziario, ma anche per l'insufficiente coordinamento della loro azione. Questi limiti riguardano in particolare la fase della “ricostruzione dopo il conflitto” e, quindi, hanno una forte incidenza sulla possibilità di evitare la ricaduta nel conflitto. In verità a me sembra che tutta l'architettura del *post-conflict peacebuilding* debba essere rivista, ripensata, riformata in termini di efficienza, efficacia e capacità di finanziamento. Ciò tuttavia non basta se non si affronta con serietà l'analisi in termini di democrazia, stato di diritto, rispetto dei diritti umani etc. delle società ricipienti. Una riflessione che a mio parere per essere seriamente indirizzata dovrebbe partire da una valutazione critica delle conseguenze, nel continente africano, della decolonizzazione promossa dalle Nazioni Unite che il più delle volte ha favorito l'ascesa al potere di gruppi nazionali disponibili, attraverso corrottele di varia natura, ad accogliere forme di neocolonialismo occidentale.

Chiudono il volume gli interessanti scritti di Egeria Nalin e di Ivan Ingravallo su due tematiche tra loro connesse.

Egeria Nalin propone una convincente analisi sui meccanismi di giustizia transizionale (o transitoria) utilizzati in Africa per garantire la riconciliazione e la pace senza negare i valori della giustizia e, quindi, l'interesse delle vittime. L'aspetto principale sul quale l'analisi si concentra riguarda la possibilità di utilizzare i meccanismi in questione in relazione ai crimini di diritto internazionale commessi in Africa. La risposta dell'A. – che riduco all'essenziale – è che i crimini più seri necessitano di essere perseguiti in un tribunale, nazionale, internazionale o misto che sia. È una risposta che mi convince anche perché è sorretta da un'analisi che prende in considerazione diversi aspetti teorici ma anche significativi elementi di prassi.

Dal canto suo, Ivan Ingravallo concentra l'attenzione su un tema che è divenuto di grande attualità e interesse: il rapporto/contestazione degli Stati africani con la/della Corte penale internazionale che ha spinto i primi anche a tentare la strada della costituzione di una corte penale regionale. L'A. mette saggiamente in evidenza che la politica giudiziaria della Corte non è esente da colpe e fornisce delle indicazioni anche su possibili approcci che avrebbero potuto affievolire il contrasto. Tra questi segnalo, ad esempio, la richiesta di maggiore chiarezza e determinazione del Consiglio di sicurezza rispetto ai rinvii di situazioni alla Corte, suggerimento che mi trova pienamente d'accordo.

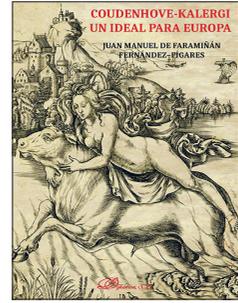
Spesso si dice che il limite principale delle opere collettanee sia quello di una carenza di coerenza nell'analisi del tema complessivo preso in esame per il prevalere degli approcci metodologici proposti da ciascuno dei singoli autori. Ritengo di poter affermare, senza ombra di dubbio, che tale difetto non è riscontrabile nel volume curato da Cellamare e Ingravallo che invece è caratterizzato da una linea, un percorso unitario di analisi che è certamente il frutto di lunghe discussioni e ponderate decisioni. Il risultato è uno studio serio e completo la cui lettura mi permetto di consigliare a tutti coloro che vogliono comprendere i problemi giuridici connessi con la continua ricerca nel continente africano di strumenti e meccanismi che possano garantire l'auspicata pace e sicurezza regionale.

Pietro Gargiulo

Juan Manuel de Faramiñán Fernández-Figares

Coudenhove-Kalergi. Un Ideal para Europa

Jaén, Dykinson, 2018, pp. 335



L'A., figlio del più noto Juan Manuel, cattedratico dell'Università di Jaén, è un avvocato esperto di diritto internazionale e nella storia del diritto, che ha dedicato numerosi lavori all'idea della pan Europa di Coudenhove-Kalergi.

In un momento quale quello attuale, una ricerca sull'ideale europeo, nella sua valenza storica, risulta non solo raccomandabile, ma forse anche necessaria. L'A. di quest'opera lo fa ricorrendo alla figura quasi dimenticata di Coudenhove-Kalergi, che iniziò a darvi forma nel periodo tra le due guerre mediante il suo progetto paneuropeo. Si tratta di uno studio unico, nel quale si riferisce per la prima volta di molte delle opere politiche e filosofiche connesse al progetto pan Europa al quale dedicò tutta la sua vita. Richard N. Coudenhove-Kalergi, diplomatico e nobile di origine austriaca, ha pubblicato nel 1923 un manifesto intitolato pan Europa che rappresentò il primo contributo e di fatto l'inizio di quello che successivamente diventerà il movimento europeo. Qualche anno più tardi, nel 1926, organizzò in Vienna il primo congresso paneuropeo promuovendo l'unificazione dell'Europa. Dopo l'annessione dell'Austria da parte della Germania, l'ispiratore dell'idea di Europa unita fu costretto ad emigrare negli Stati Uniti dove, quale professore all'Università di New York, continuò in maniera incessante a propugnare la sua idea della realizzazione di un'Europa unita. Il suo pensiero ha influenzato parecchi uomini politici del tempo, tra i quali certamente Aristides Briand, Adenauer e Schuman. Rientrato in Europa dopo la guerra, nel 1947 fondò l'Unione parlamentare europea, una delle iniziative che ha contribuito a dare origine al Consiglio d'Europa.

Grazie a questa opera scopriamo che l'idea che diede vita all'attuale Unione europea deve le sue radici storiche all'azione ed al pensiero di uno dei personaggi più brillanti dell'Europa del secolo ventesimo. La sua profonda riflessione filosofica rivela, nell'ambito delle sue pagine ed in funzione della conoscenza e della evoluzione del suo pensiero, le vicissitudini che fu costretto ad attraversare, e permette di valutare le idee fondamentali del progetto europeo, così come i modelli che lo ispirarono.

Questo volume viene pubblicato nel momento più adeguato considerato che, come propone il suo stesso A., oggi più che mai si presenta quale necessità urgente realizzare una rilettura dell'attuale situazione europea. Dalle analisi del postulato di Kalergi, che invitano al ritorno a criteri non solo economici, bensì culturali e soprattutto etici, si può ricercare il vecchio ideale umanista, che tante altre volte ha illuminato l'Europa sotto l'auspicio della pace e della unità del destino. Tutto questo, recuperando la figura e il pensiero di Kalergi, realizza al tempo stesso un atto

di giustizia storica e contribuisce ad arricchire ed elevare il livello dei dibattiti sopra le trasformazioni che, in maniera urgente, necessita l'Unione europea. Modifiche ineludibili per rispondere alle delusioni che minacciano l'oscurità del nostro tempo.

La singolarità di questa ricerca, tra le tante, risiede nella struttura particolarmente analitica, mediante la quale si esamina tutta l'opera di Kalergi e non solo la pan Europa, che è il tema sul quale si sono incentrati i maggiori studi. Questo libro, quindi, a prescindere dal contributo accademico, rappresenta la possibilità di riproporre elementi validi per riformulare i necessari dibattiti sopra il complesso processo che sta vivendo l'Unione europea e la ricerca delle sue origini storico-intellettuali.

La ricerca inizia con l'analisi storica del personaggio e dell'attività dallo stesso condotta fra le due guerre; le sue prime pubblicazioni, Wilson e il Trattato di Versailles, la crisi della Società delle nazioni, il successo del manifesto pan Europa, gli anni difficili, i primi ostacoli; il primo congresso paneuropeo, la crisi del 1929, il declino di un'idea.

Viene posto in rilievo il mito e l'idea di Europa come substrato ispiratore della pan Europa; ricordandosi anche gli antecedenti panellenici nella genesi storica di pan Europa, i fondamenti filosofici, l'etica quale punto di partenza, Kant e Kalergi, l'idea della pace perpetua quale azione ispiratrice del pensiero classico del progetto paneuropeo, la base filosofica dello Stato di diritto, e il contratto sociale. In questa prospettiva è interessante sottolineare le pagine dedicate ai raffronti tra Socrate, l'importanza della legge, la filosofia di Platone, la Repubblica, la pragmatica aristotelica e il pensiero di Kalergi. L'idea etica viene considerata come il fondamento di pan Europa e viene quindi analizzato il concetto di Stato e nazione; criticato lo Stato totalitario, il concetto di classe e di aristocrazia, di classe di campagna e di città, nonché quello di casta, proletariato, nobiltà, borghesia e clero.

I fondamenti istituzionali della pan Europa sono poi posti in raffronto con quelli degli Stati Uniti, analizzandosi gli elementi unificatori americani, l'origine di pan America, le prime conferenze, la genesi del movimento panamericano, la struttura politica di pan Europa di fronte a quella di pan America e quindi gli Stati Uniti. Si ritorna, infine, all'idea dei principi della pan Europa analizzando due imperi molto diversi tra loro: Russia ed Inghilterra, nonché le relazioni tra Francia e Germania come fulcro principale del problema europeo; le iniziative concrete assunte per la realizzazione di pan Europa e le possibili cause del fallimento paneuropeo, per concludersi con l'attualità del pensiero di Kalergi.

Il lavoro, il cui principale obiettivo è quello di rivalutare alcune figure che in una maniera o nell'altra ed in base a fatti oggettivi, sono state ingiustamente relegate negli annali della storia, si pubblica in un momento nel quale molti movimenti di idee, in diversi Stati europei, hanno posto in discussione i principi fondamentali del processo di integrazione europea. In questa situazione risulta quanto mai opportuno riflettere sulla necessità di rinforzare criteri che ispirarono i padri costruttori del progetto europeo. Ed è opportuno chiedersi in quale misura il pensiero di Coudenhove-Kalergi si mantiene attuale, nonostante la crisi dei valori del modello democratico dello Stato di diritto, quali conseguenza dell'emergenza della xenofobia, della intolleranza e degli ultranazionalismi.

Da diverso tempo, e probabilmente dalla crisi che iniziò con il fallimento del Trattato del 2004 che tendeva ad istituire una costituzione per l'Europa, la struttura

ideologica dell'Unione europea si sta dissolvendo; i risultati negativi dei *referendum* in Francia e in Olanda nel 2005 hanno generato una disaffezione popolare nei confronti del modello di integrazione europea. Il Trattato di Lisbona supera il fallimento del Trattato costituzionale realizzando un modello composito nel quale, fortunatamente, si è potuta anche integrare la Carta dei diritti fondamentali. Ciò non ha evitato che negli anni a noi più vicini ed in particolare dopo il *referendum* nel Regno Unito per l'abbandono della partecipazione all'Unione europea – Brexit – nuovi movimenti, cosiddetti sovranisti, sono sorti in diversi Paesi europei con l'obiettivo di riscrivere i capisaldi dell'integrazione europea, ma con la soggiacente volontà di dare un maggior spazio agli Stati sovrani e col rischio, quindi, di distruggere l'Unione così faticosamente realizzata. In questa situazione appare quanto mai opportuno un ritorno alle origini, ricordando lo spirito dei padri fondatori dell'integrazione europea e la decisa volontà di costruire un'unione, un'Europa unita dalla concordia.

Claudio Zanghì

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. 172



L'opera collettanea qui recensita, edita nel 2018, nasce dalla riflessione di giovani autori, unitisi per un "buon fine": quello di interrogarsi sullo stato dell'Unione europea e sul progressivo evolversi del progetto di integrazione, avanzando possibili correttivi, nella convinzione che l'Europa sia "il nostro futuro comune". Essa raccoglie 11 saggi, a cura dei dottori di ricerca R.S. De Fazio, A. Giattini, V. Prisco, impreziositi dalla prefazione del Prof. Giuseppe Cataldi, Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Napoli "L'Orientale" e Direttore del Centro di Eccellenza Jean Monnet sui diritti dei Migranti nel Mediterraneo.

Tali contributi muovono da una serie di considerazioni a margine del Libro bianco della Commissione europea "*Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025*", presentato il 1° marzo 2017, in occasione del sessantesimo anniversario della firma dei Trattati di Roma, per delineare probabili scenari futuri da qui al 2025, abilmente sintetizzati in 5 slogan: "*Avanti così*", "*Solo il mercato unico*", "*Chi vuole di più fa di più*", "*Fare meno in modo più efficiente*", "*Fare molto di più insieme*".

Le riflessioni maturate si traducono, dunque, nella collettanea in oggetto che fornisce, anzitutto, una disamina del "presente" dell'Unione europea, ponendone in rilievo pregi e difetti, per guardare al futuro alla luce delle opportunità e delle sfide del nostro tempo, specie in termini di sicurezza e benessere dei cittadini europei.

Nelle pagine traspare, inevitabilmente, la diffusa crisi di fiducia nelle istituzioni europee generata, nell'ultimo decennio, da eventi dirompenti, quali la crisi finanziaria globale, la disoccupazione, l'emergenza dei flussi migratori, la nascita di movimenti anti-europeisti ed euroscettici, la Brexit, il terrorismo. Eventi tutti dai quali ripartire per creare una "nuova" Europa: un'Europa che, riprendendo le parole degli autori, sia più sicura, attraverso una difesa comune europea; più democratica e socialmente giusta; più accogliente e solidale nella gestione della crisi migratoria; fondata su un sistema creditizio sano; in grado di fornire una più ampia tutela dei diritti e delle libertà fondamentali (vedi, *inter alia*, la tutela dei dati personali) e dove si rafforzi il concetto di cittadinanza europea e l'idea stessa di Europa.

Del resto, allo stato, come sottolinea il Prof. Cataldi “ci troviamo di fronte, per la prima volta dal sorgere del fenomeno dell’integrazione europea, non ad un semplice *stop and go*, tipico da sempre della vita delle Comunità europee e poi dell’Unione, ma ad una crisi profonda dell’idea stessa di Unione europea all’interno degli Stati e dei popoli dell’Europa”.

Tuttavia, ancorché il futuro appaia costellato di difficoltà economiche, sociali e politiche, il volume qui recensito ha il pregio di analizzare i problemi, al fine di proporre eventuali soluzioni, proiettandosi in un’ottica costruttiva.

I relativi contributi intendono, quindi, fornire ai lettori spunti di analisi su una serie di interessanti questioni e, segnatamente, nell’ordine: sulla possibilità di costituire un esercito europeo o di mantenere mini-eserciti tra Stati (R. Colella); sulla tenuta della *governance* economica europea (A. Cozzolino); sul fenomeno dei flussi migratori e sul ripensamento del sistema europeo d’asilo (E. D’Ascoli-A. Di Muro); sull’impatto esercitato dall’entrata in vigore del regolamento sulla *privacy* (R.S. De Fazio); sulla tutela dei dati personali nell’ambito della Strategia di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali nell’Unione europea (A. Giattini); sullo sviluppo del concetto di cittadinanza europea, in senso formale e sostanziale (V. Marzuillo); sul futuro dell’assetto istituzionale europeo alla luce delle sfide attuali (P. Pane); sull’impatto del fenomeno migratorio sul *welfare* e sull’assetto socio-politico paneuropeo (V. Prisco); sulla capacità dell’Unione di far fronte alle crisi bancarie (L. Riccio); sull’analisi delle cause del fenomeno trasversale, sempre più diffuso, dell’euroscetticismo (R. Sullo); ed infine, su un’effettiva politica di difesa comune per assicurare libertà e sicurezza all’interno dello spazio europeo (C. Tuccillo).

L’esposizione risulta piana, lineare, di piacevole lettura, nonché di estrema chiarezza espositiva, nonostante la complessità sottesa all’analisi di taluni fenomeni. Ogni contributo è, inoltre, corredato di un *abstract* in lingua inglese, nonché di una serie di parole-chiave, oltre che di una bibliografia conclusiva.

Infine, si rinviene una scheda biografica degli autori, di diversa estrazione accademica e professionale, la quale indubbiamente si riflette nei caratteri dei singoli contributi, senza per questo alterare l’armonia dell’opera. Questi ultimi, in definitiva, “uniti nella diversità”, nel passare in rassegna questioni di differente natura, in termini propositivi, convergono in una comune, “incoraggiante” riflessione sull’Europa, che lascia trasparire una “fiducia di fondo verso il progetto europeo”, nonostante le difficoltà e i timori segnalati.

Anna Iermano

Angela Di Stasi

Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali



Milano, Wolters Kluwer, 2018, II ed., pp. XVI-200

La seconda edizione del volume di Angela Di Stasi, che si è giovata della collaborazione di Anna Iermano, mantiene intatte le sue caratteristiche di sintetica, ma densa e utile introduzione allo studio della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La sua destinazione è eminentemente didattica, come risulta sin dalla dedica "ai miei studenti", ed emerge dalla lineare struttura del testo, dalla sua chiarezza espositiva e dalla completezza della trattazione. Essa non comporta, peraltro, alcuna rinuncia all'esame dei problemi interpretativi e applicativi della Convenzione, che sono scrupolosamente approfonditi alla luce della giurisprudenza della Corte europea, alla quale fa sovente da contrappunto quella italiana, in specie della Corte costituzionale. Anche l'aggiornamento normativo è curato in maniera esemplare.

Il volume si articola in tre capitoli, seguiti da un'appendice normativa in italiano, che consente una rapida consultazione delle disposizioni della Convenzione europea e dei suoi Protocolli rilevanti per le tematiche di volta in volta considerate, e da un vasto apparato bibliografico, utile per chi, studente, studioso o operatore giuridico, desidera approfondire l'analisi di specifici aspetti del sistema convenzionale e che completa le ricche indicazioni di dottrina e di giurisprudenza contenute nelle note che corredano il testo.

Nel primo capitolo, dopo avere messo in luce il carattere "unico" della Convenzione europea nel panorama universale e regionale di protezione dei diritti umani, essendo tuttora lo strumento internazionale di tutela più avanzato ed efficace, si esamina il catalogo dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione e nei Protocolli. L'A. rileva come gli obblighi degli Stati parte si presentino anche quali obblighi positivi di protezione di tali diritti rispetto a violazioni che possano provenire da soggetti privati; e come dalla giurisprudenza della Corte europea risulti il carattere di *living instrument* della Convenzione, che in via interpretativa ha consentito l'emergere, in sostanza, di nuovi diritti; si pensi al diritto all'ambiente, ricavato dal diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio di cui all'art. 8. Il capitolo si conclude con l'esame degli sviluppi dei diritti fondamentali nell'Unione

europea e del ruolo che in tale contesto svolge la Convenzione europea, nonché della prevista, ma non realizzata, adesione dell'Unione europea alla Convenzione.

Il secondo capitolo è dedicato al meccanismo giudiziario di tutela dei diritti umani, che rappresenta senza dubbio l'aspetto più significativo e qualificante della Convenzione europea. È esaminata la legittimazione a ricorrere alla Corte, in particolare la nozione di vittima; quindi l'autrice si sofferma sui caratteri della sentenza della Corte e sulla sua esecuzione. Vengono poi in rilievo le più recenti modifiche risultanti dal Protocollo n. 15, concernenti, tra l'altro, l'accentuazione della sussidiarietà e della dottrina del margine di apprezzamento, e dal Protocollo n. 16. Quest'ultimo, entrato in vigore il 1° agosto 2018, introduce una nuova competenza consultiva della Corte europea su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti nella Convenzione o nei suoi Protocolli, la quale presenta qualche analogia con la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea. Il capitolo si chiude con le prospettive di riforma alla luce delle Dichiarazioni di Bruxelles del 2015 e di Copenaghen del 2018, nelle quali ci si propone di ridurre il carico di lavoro della Corte per consentirle di occuparsi in tempi ragionevoli delle violazioni gravi dei diritti umani. In questo quadro un valore essenziale è riconosciuto al ruolo dei giudici nazionali nell'applicazione della Convenzione.

Il terzo capitolo riguarda i rapporti tra l'ordinamento italiano e il sistema della Convenzione europea. Di fondamentale interesse è la giurisprudenza della Corte costituzionale, a partire dalle celebri sentenze "gemelle" n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007. Esse, com'è noto, hanno definito il rango della Convenzione europea nell'ordinamento italiano sulla base della prescrizione dell'art. 117, co. 1, Cost., il quale pone il rispetto degli obblighi internazionali quale limite alla potestà legislativa, dello Stato come delle Regioni. Tale disposizione, pur non attribuendo rango costituzionale alla Convenzione, le conferisce una particolare forza di resistenza rispetto alla legge ordinaria, la quale, ove sia in conflitto con disposizioni della stessa Convenzione (o dei suoi Protocolli), è destinata a essere dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale. Il riconoscimento della Convenzione quale norma "interposta" è accompagnato da alcune importanti precisazioni. Anzitutto, le disposizioni della Convenzione vengono in rilievo non in astratto, ma nella interpretazione che ne abbia dato la Corte europea; inoltre, il ricorso alla Corte costituzionale è limitato all'ipotesi di contrasto irrimediabile della legge nazionale con la Convenzione europea, un contrasto, cioè, che non possa essere eliminato mediante una interpretazione di tale legge conforme alla Convenzione europea; infine, le disposizioni della Convenzione europea sono suscettibili di funzionare quale parametro di costituzionalità di una legge solo ove non siano esse stesse in contrasto con la Costituzione. In caso di contrasto la Corte costituzionale, nella sentenza n. 348 del 2007, ha dichiarato che la norma della Convenzione va espunta, nei modi rituali, dall'ordinamento giuridico italiano da parte della stessa Corte costituzionale. Sebbene quest'ultima non abbia fornito ulteriori precisazioni in proposito, a nostro parere la Corte dovrebbe dichiarare incostituzionale la legge italiana di esecuzione della Convenzione, ma solo nella misura in cui determini l'ingresso della disposizione in questione nell'ordinamento italiano (presumibilmente nella interpretazione datane dalla Corte europea in una sentenza, che pertanto sarebbe

ineseguibile in Italia). La trattazione prosegue con l'evoluzione della giurisprudenza successiva e con l'esame, in particolare, della sentenza n. 49 del 26 marzo 2015. Questa sembra ridimensionare l'autorità della giurisprudenza della Corte europea, affermando che il giudice italiano è tenuto a uniformarsi all'interpretazione effettuata da tale Corte solo se essa risulti da una giurisprudenza consolidata o da una sentenza pilota. Una specifica attenzione è dedicata, infine, all'esecuzione delle sentenze della Corte europea alla luce della legge n. 12 del 9 gennaio 2006 e della giurisprudenza della Corte di cassazione.

In conclusione, in questa seconda edizione il volume di Angela Di Stasi si conferma non solo strumento didattico validissimo, ma anche utile guida per l'operatore giuridico che sia chiamato, nella veste di giudice o di avvocato, a dare applicazione alla Convenzione europea.

Ugo Villani

Ugo Draetta, Nicoletta Parisi (a cura di)

Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte Speciale. Il diritto sostanziale



Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, V ed., pp. XXXVI-389

A distanza di quasi vent'anni dalla prima, è stata pubblicata nel 2018 la quinta edizione del manuale di “diritto materiale” (o “sostanziale”, come riporta il titolo) dell'Unione europea, curato da Ugo Draetta e Nicoletta Parisi. Come da essi affermato, è una edizione che segue di soli quattro anni la precedente, ma non si può non concordare con quanto i curatori affermano nella Prefazione, ossia che in questo periodo “alcuni settori attribuiti alla competenza dell'Unione europea (in particolare l'UEM e taluni ambiti dello SLSE) hanno visto l'adozione di importanti disposizioni”, il che giustifica appieno la scelta di pubblicare una nuova edizione.

Rispetto alle edizioni precedenti, muta la struttura del volume che, anche per esigenze didattiche, è adesso articolata in quattro parti, rispettivamente dedicate a: Spazio di libertà, sicurezza e giustizia; Mercato interno; Unione economica e monetaria; Azione esterna dell'Unione europea. Ognuna di queste è a sua volta suddivisa in capitoli, che sono nel complesso sedici, relativi ai principali argomenti rientranti nella rispettiva parte. Si tratta di una scelta condivisibile e opportuna, in quanto consente al lettore di avvalersi di una “guida” utile nell'affrontare quelli che, a detta dei curatori, sono “i quattro grandi ambiti entro i quali possono essere ricondotte tutte le azioni dell'Unione” (così nella Prefazione al volume). Ciò è altresì favorito dalla scelta di assegnare ognuna delle quattro parti a un solo autore, specialista in quell'ambito, il che assicura la coerenza interna a ognuna di esse, sia sotto il profilo dell'approccio metodologico, sia della organicità della trattazione. Di fatto, è come se ci trovassimo di fronte a quattro sintetici manuali dedicati ai principali poli tematici dell'azione dell'Unione, tenuti assieme con sapienza dal comune filo tessuto dai curatori del volume.

La parte I, come detto dedicata allo SLSE, è opera di Dino Rinoldi e si articola in tre capitoli, dedicati rispettivamente alla costruzione di tale Spazio e alla crisi della cooperazione in ambito UE, ai settori di intervento nello SLSE e all'attuale tematica dello spazio costituzionale europeo e dell'ordinamento multilivello, racchiusi in un capitolo intitolato “Spazi, tempi, mondi”. La trattazione di Rinoldi risulta coerente e completa, giovandosi di una scrittura chiara e di uno spirito critico, del tutto condivisibile da chiunque ritenga che molte delle aspettative che lo SLSE aveva generato siano in realtà rimaste tali, a causa dell'incapacità degli Stati membri di concordare soluzioni efficaci e di una costante tendenza al compromesso “al ribasso”.

La parte II è quella dedicata al Mercato interno, la quale non può mancare in qualsiasi trattazione manualistica del diritto materiale dell'Unione europea. L'autore di questa parte è Gabriele Capecchi, che la struttura in sei capitoli. Al primo, dedicato al quadro generale e ai principi di funzionamento, seguono, in una articolazione coerente, i capitoli sulle quattro libertà, mentre l'ultimo è dedicato alle altre politiche comuni connesse al mercato interno, in particolare a quella agricola e a quella di concorrenza. Capecchi affronta gli aspetti principali di queste tematiche, che sono rese efficacemente anche grazie all'attento uso della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

La parte III è scritta da Nicola Ruccia ed è dedicata all'UEM, attraverso una suddivisione in tre capitoli. Il primo affronta l'evoluzione normativa della disciplina di base, dal Trattato di Maastricht a quello di Lisbona, mettendone in luce le principali caratteristiche e criticità. Il secondo è, invece, relativo all'impatto sull'UEM della crisi economica, monetaria e finanziaria dell'ultimo decennio, che ha portato gli Stati membri a soluzioni inedite, tanto a livello di UE, quanto a livello intergovernativo, mostrando ancora una volta come non sempre i compromessi siano efficaci. Ciò si riscontra anche nell'ultimo capitolo di questa parte, che si occupa di uno dei temi di maggiore attualità e complessità, vale a dire l'unione bancaria. Ruccia ne ricostruisce con competenza le principali caratteristiche, soffermandosi sulla strutturazione in "pilastri" di questa forma di cooperazione e svolgendo anche alcune interessanti considerazioni di prospettiva.

L'ultima parte, che è anche la più corposa in termini di pagine, è scritta da Valentina Petralia e dedicata all'azione esterna dell'Unione europea. Essa, in coerenza con la struttura del titolo V del TUE, dopo un sintetico capitolo iniziale relativo ai principi generali, ne include uno che esamina l'unione doganale e la politica commerciale comune, uno sulla cooperazione con i Paesi terzi e l'aiuto umanitario, per chiudere con quello dedicato a PESC e PESD. Come facilmente intuibile, affrontare questa varietà di argomenti non è opera semplice, ma Petralia si dimostra capace e riesce a districarsi tra le multiformi caratteristiche dell'azione che l'UE mette in atto nel relazionarsi con gli altri soggetti nel contesto internazionale, rendendo vividamente il senso di squilibrio che, soprattutto a tale riguardo, si avverte tra la sua dimensione economico-commerciale e quella politica. La circostanza che dal Trattato di Maastricht siano trascorsi oltre venticinque anni non fa che acuire il senso di incapacità degli Stati membri nel perseguire efficacemente una cooperazione (anche) di tipo politico.

Il volume qui recensito si presenta come uno strumento aggiornato e coerentemente strutturato. Esso è utile non solo ai fini didattici, ma più in generale per tutti coloro interessati ad approfondire i principali ambiti di azione (e, talora, di inazione) dell'Unione europea.

Ivan Ingravallo

Lorenzo Federico Pace

*Il regime giuridico dell'euro.
La nascita dell'Unione
economica e monetaria, la
sua crisi e la risposta
dell'Unione europea*

Bari, Cacucci, 2018, pp. XVI-184



Venti anni dopo l'introduzione dell'euro il regime giuridico della moneta unica dell'eurozona si pone ancora al centro del dibattito accademico, oltretutto politico, in seno all'Unione. Sul punto, la monografia oggetto della presente recensione offre al lettore una completa e approfondita analisi dell'Unione economica e monetaria (UEM), mediante una ricostruzione olistica e ben documentata del contesto politico e teoretico che ha portato alla creazione dell'UEM, dei limiti strutturali di quest'ultima, della conseguente crisi dell'eurozona e dell'attuale regime giuridico dell'Unione economica (UEco) e dell'Unione monetaria (UMo). Un primo pregio dell'opera consiste nel saper coniugare un alto grado di approfondimento scientifico con una altrettanto elevata chiarezza e linearità espositiva, anche nell'ambito di paragrafi estremamente tecnici. Questi ultimi paragrafi, inoltre – e questo rappresenta un secondo profilo di interesse – dialogano costantemente con riflessioni di più ampio respiro e di estrema attualità circa gli antefatti economico-giuridici e politici della crisi dell'eurozona e gli effetti di questa sull'Unione.

Il primo capitolo illustra, innanzitutto, le ragioni di carattere politico e storico che hanno portato alla creazione della moneta unica e le relative tappe. L'A. pone in evidenza come il problema della stabilità dell'eurozona caratterizzasse intrinsecamente sin dall'origine la struttura giuridica scelta per la creazione dell'UEM. I limiti, collegati alla natura giuridica dell'Unione, e le perplessità e i dubbi, di natura economico-monetaria, circa la stabilità del sistema, illustrati in questa sezione, risultano centrali nella riflessione condotta nel secondo capitolo in relazione ai motivi dell'origine e dello sviluppo della crisi dell'eurozona e alle risposte normative approntate per farvi fronte.

Il secondo capitolo si apre difatti con una cronistoria della crisi dell'eurozona nella sua dimensione diacronica. Come precisato dall'A., l'ambito di tale indagine è limitato, da un lato, al periodo della c.d. "crisi istituzionale" da identificarsi con il periodo, dall'ottobre 2009 (scoperta del reale *deficit* della Grecia) al luglio 2013 (primo c.d. *bail-in* in relazione alla crisi di Cipro), durante il quale l'Unione si è

dotata delle istituzioni necessarie per garantire la stabilità dell'UEM; l'Unione bancaria rimane pertanto al di fuori dello scopo di indagine. Dall'altro lato, l'analisi è circoscritta alle crisi di Stati membri facenti parte della zona euro. Anche nell'opera ricostruttiva di questo febbricitante periodo della storia dell'integrazione europea risultano apprezzabili innanzitutto il grado di ricercatezza, completezza e multilinguismo delle risorse bibliografiche. Questo elemento – pur caratterizzando tutta la monografia – nel contesto in esame consente in misura ancora maggiore di fornire al lettore una prospettiva quanto più possibile “a tutto tondo” degli avvenimenti e delle problematiche sottese alla crisi dell'eurozona. In secondo luogo, risulta degna di nota l'abilità dell'A. nell'evidenziare, in maniera costante e allo stesso tempo pertinente, la stretta interconnessione tra profili economico-finanziari e problemi caratterizzanti la struttura istituzionale dell'UEM.

L'esame degli effetti espliciti dalla crisi dell'eurozona su quest'ultimo processo d'integrazione è al centro del terzo e ultimo capitolo. Al giudizio complessivamente positivo circa le intuizioni dei “padri” dell'UEM – riaffermato e condiviso, da ultimo, dal Presidente della BCE Mario Draghi nel corso della propria audizione innanzi alla Commissione “Problemi economici e monetari” del Parlamento europeo del 28 gennaio 2019 –, l'A. affianca alcune riflessioni conclusive caratterizzate da un alto grado di realismo. Tra queste si ritiene di evidenziare le seguenti due. Innanzitutto, la crisi dell'eurozona avrebbe operato quale – si potrebbe dire – “cartina al tornasole” della natura giuridica dell'Unione, mettendo in luce un gioco tra forze statali (*rectius* governative) aventi interessi contrapposti. Ciò in quanto la *political democracy* risulterebbe ancora organizzata e strettamente radicata a livello nazionale e non già a livello europeo. La predetta situazione è descritta dall'Autore utilizzando l'espressione “Stati tra loro gareggianti”. In secondo luogo, le modifiche normative apportate al quadro giuridico dell'eurozona – analizzate, come accennato, nel secondo capitolo – sembrerebbero aver determinato un cambio di paradigma nel processo d'integrazione europea e potrebbero essere viste come l'inizio di una nuova fase della quale non è ancora chiaro lo sviluppo. In altre parole, è noto come – *inter alia* – gli effetti della predetta crisi sulla dimensione istituzionale, costituzionale e politica dell'Unione (ad esempio, sul principio dell'equilibrio istituzionale, sul rapporto tra metodo comunitario e metodo intergovernativo) abbiano portato l'Unione ad interrogarsi sul proprio futuro. Non si può non rilevare come ciò appaia pienamente in linea con il significato etimologico della parola “crisi” (dal greco *κρίσις*, “scelta, decisione”).

In conclusione, l'opera, oltre a risultare stimolante per i cultori di diritto dell'Unione europea, rappresenta altresì una lettura di interesse per ogni studioso intenzionato a meglio comprendere il regime giuridico dell'euro, i suoi limiti (tradottisi nella crisi dell'eurozona), così come le sue possibili conseguenze sul processo d'integrazione europea.

Lorenzo Cecchetti

Massimo Panebianco

Codice Euro-globale. Epoche, spazi, soggetti

Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. XIV-385



Il volume è diviso in quattro parti. Nella prima, lo studioso prende le mosse dalla definizione di alcuni concetti odierni, come quello di diritto globale, per poi procedere a ritroso nel tempo, dal mondo romano, sino ad approdare alla storia recente. Attraverso una tale dinamica, dimostra come categorie frutto della dottrina recente, nelle loro linee sostanziali, trovassero già applicazione nel passato. I primi capitoli, dunque, sono esposti in modo sintetico e prodromico ai successivi, ove tale impianto si snoda attraverso un percorso logico, ricco di approfondimenti e spunti teorici, e che delinea l'idea per cui il mondo antico si caratterizzasse, oltre che per la dialettica tra Grecia e Roma, anche per i grandi imperi posti a Oriente. Imperi antichissimi, la cui forza sarebbe riemersa di fronte alla crisi dell'Impero unico romano-cristiano.

Una tale visione di insieme si rende necessaria per superare quello che secondo l'A., in modo condivisibile, è un limite dottrinario, ossia l'analisi eccessivamente settoriale del diritto internazionale antico. Per lo studioso, occorre guardare al passato in un'ottica *globale*, di insieme; solo allora potrà emergere appieno la realizzazione della coesistenza di comunità integrate in sistemi più ampi, imperi, in connessione tra loro. Così, "il diritto globale nell'antichità coincide con una visione che va oltre quella solita Grecia-Roma e si proietta verso le altre culture parimenti importanti, dell'estremo Oriente". In una visione che richiama il giusnaturalismo groziano, il diritto globale, dunque, non indica soltanto il diritto imposto dalle grandi potenze sovranazionali, ma esprime anche quei principi di diritto che accomunano culture e comunità, prodotto della storia.

Nella seconda parte (p. 99-171), alla luce dell'inquadramento storico precedente, sono trattati temi di carattere teorico, focalizzati attraverso un percorso storico e dogmatico. In essi l'A. descrive la dinamica geopolitica degli equilibri tra i vari sistemi medievali, Oriente, Occidente.

In Oriente l'Impero cinese, in Occidente quello romano. Per entrambi, al loro interno, si può parlare di diritto internazionale, in relazione ai conflitti e ai rapporti commerciali tra le varie comunità che vi insistevano. In modo approfondito nelle numerose note lo studioso ricorda che ad un certo punto della storia, dallo sfaldamento dell'Impero romano, si impone sulla scena internazionale l'Impero romano d'Oriente. Tale complesso fenomeno sposta l'asse dei rapporti internazionali verso il nascente Islam e verso sovranità con cui l'avversa geografia non aveva consentito contatti precedenti. L'A. prosegue descrivendo come l'Impero romano di Oriente desse vita a un *orientalismo* non esclusivista, bensì si atteggiasse a sede autentica delle future nazioni europee. E sarebbe stata sempre la tale parte dell'Impero romano, posta a sud, ad avere rapporti con l'Islam.

Altresì, in Occidente, dai conflitti interni e dalla iniziale mancanza di coesione, in modo graduale, i centri di potere si sarebbero dapprima moltiplicati e successivamente ridotti, sino a dare luogo a tre soggetti: Franchi, Germani, Ispanici.

Nel lungo periodo successivo, tra il 1099 e il 1600, l'A. sottolinea come fossero state le crociate a segnare un ulteriore mutamento nei rapporti internazionali. Lo scontro tra cristianità e mondo arabo avrebbe fatto sì che il Mediterraneo diventasse bacino di conflitti, ma anche di scambi con l'Islam. Nel Medioevo le tre entità sovrane imperiali, regni germani, Bisanzio e Islam si svilupparono in modo distinto e conflittuale. Così la dialettica difesa-espansione si sarebbe rispecchiata nei vari centri di potere; da qui nascevano i feudi, quali punti di difesa e le città, nel secondo caso, quali punti di espansione.

Il nostro A., dopo aver argomentato nel dettaglio i vari aspetti ora ricordati in questa sede in sintesi, passa a trattare il periodo storico successivo, concludendo che, quando il sistema internazionale da tripolare divenne bipolare, ossia islamico-ottomano, allora anche l'ordinamento internazionale sembrò meno complicato. Infatti, con la fine delle crociate, nonché con la fine dell'impero bizantino, la dialettica internazionale si sposta di nuovo a Oriente, affermatasi stavolta, sul territorio danubiano-balcanico, ove si incrociano cristiani ortodossi e islamici.

Successivamente, nella storia del diritto internazionale *post* medievale esiste un periodo anche complesso in cui vi è una sorta di sovranità imperiale concorrente con la nascente sovranità degli Stati nazionali; si tratta degli imperi centrali, ottomano, e moscovita.

Nel capitolo terzo centro della indagine è l'Europa nell'epoca del diritto internazionale moderno e contemporaneo, le cui coordinate temporali si pongono tra il 1453 e il 1919. In apertura della nuova parte, lo studioso focalizza la propria attenzione sul 1453, anche anno di pubblicazione del primo atlante geopolitico della storia d'Europa. Tale coincidenza è valutata come "sintomatica". Ed è attraverso la descrizione dell'Atlante Piccolomini, *De Europa*, che lo studioso prosegue la sua esposizione storico-sistematica, giungendo a notare come, nel periodo di riferimento, oltre alla documentazione ufficiale diplomatica, il diritto internazionale, al pari che nel passato mondo romano, fosse ancora composto da complessi di regole attraverso cui l'asse dei trattati si spostava da Istanbul a Mosca; il che, tradotto in termini sociologici, si potrebbe dire che da un cristianesimo romano si passava a uno russo zarista, oltre che a un'area rimasta arabo islamica. In sintesi, si evidenzia che la sede apostolica romana assume ancora la posizione ufficiale di equilibrio europeo. Proprio in tale contesto si inserisce la parte dedicata ad altre riflessioni sul Codice Piccolomini, di recente scoperta e che, come altri, hanno consentito di rivedere sotto una nuova luce le epoche storiche e ciò che le caratterizzava. Infatti, esso rispecchia e ben dà conto della nazioni nascenti, che sarebbero state frutto della linea concordata tra Sacro Romano Impero, Federico III e Pio II; dimostra come in Europa non sia avvenuta una integrazione unica, ma vi siano tante integrazioni, tra Stati e popoli a cui, oltre alla comunità, si aggiunge il territorio.

"È tutta l'Europa che prende il posto degli imperi asiatici, arabi islamici, gli Stati comunicano tra loro con prassi e regole giuridiche"; e ancora: "La storia moderna d'Europa è storia di integrazione tra Stati. Occidentale Centrale e Orientale, con i popoli di confine e oltre mare".

Il Codice Piccolomini chiude la serie di codici medievali e inaugura l'altra, fino al IX secolo, afferma lo studioso.

Nei capitoli successivi il nostro continua il suo viaggio ideale nella storia del diritto internazionale *approdando* al 1689, al Trattato di Nereinsk, un accordo trilingue in latino, manciù e russo, avente ad oggetto patti tra la Russia e la Cina. Il Trattato è concepito come portatore di una cultura internazionalistica, attraverso cui la Russia entra nella scena dei colloqui internazionali, aprendo una nuova epoca, il cui inquadramento teorico passa essenzialmente per due modelli. Il primo risale alla rifondazione del Sacro Romano Impero dal 1453 al 1648, anno del Trattato di pace di Westphalia. Il secondo modello risale alla tradizione dell'Europa orientale e al suo sviluppo come ordinamento inter imperiale, in particolare nei rapporti diplomatici tra impero russo e cinese, secondo il Trattato di Nereinsk.

Rispetto a tali schemi generali, l'A. opera una sorta di sintesi, ravvisando un rapporto interno di complementarietà e non alternanza, basato su alcune considerazioni; ossia ambedue si ascrivono alla categoria dei trattati di pace, universalmente eterna, generale e completa. E perciò essi segnano i *fines europae* e "ne delimitano le aree di influenza, come accordi delimitativi dei confini certi e zone di libera circolazione di gruppi migranti e di liberi commerci". Conseguenza è che la Russia, detta la terza Roma, si colloca lungo l'intera frontiera orientale, come erede dell'impero bizantino di Costantinopoli.

L'importanza del Trattato di Neirensk è poi collegata al suo retroterra culturale, su cui lo studioso si sofferma, ossia il giusnaturalismo. In ciò, a mio avviso, è racchiuso il cuore, la sostanza del volume, ossia la dialettica tra il giusnaturalismo e il giuspositivismo odierno. Dal primo nasce il diritto internazionale, secondo l'impostazione propugnata dallo stesso A. nelle sue precedenti pubblicazioni, al secondo, giuspositivismo, sono raccordabili le visioni odierne di diritto internazionale e le sue modalità applicative.

Così si apre la seconda parte del volume dedicata al diritto internazionale dei giorni nostri. Accanto agli Stati nazionali e a quelli imperiali, nasce l'espansione della società europea verso il continente americano. Il nuovo diritto si compone di tre livelli: i diritti dell'uomo, *ius naturae*, diritti dei popoli, i diritti interni a ciascuno Stato e comuni a tutti, si tratta di un nuovo *ius naturae* (p. 90). "La dottrina internazionalistica ha da tempo superato il rischio di apparire come vittima ed orfana della teoria tradizionale, legata al modello egualitario dell'Europa di Westphalia, la cui storia andava riscritta secondo criteri di revisione dei risultati pregressi, nonché, di innovazione verso il cambiamento secondo una linea non statica, ma dinamica" (p. 94).

Nel capitolo IV si tratta del "grande spazio universale" e dei principi regolatori alla sua base. I rapporti internazionali investono vari livelli, organizzazioni tra varie nazioni, mondiali, universali e continentali, termini storicamente diversi, di cui l'A. spiega in modo chiaro la diversa origine, ma dei quali sottolinea anche la vicinanza semantica nel voler indicare le regole, le norme di varia origine che disciplinano i rapporti tra i soggetti sovrani che, come scatole cinesi, sono scomponibili a loro volta, in soggetti giuridici minori, regioni. Ognuno di questi reca in sé principi e regole comuni agli altri. Un nodo di tali meccanismi, sottolinea il nostro, sta nel trovare gli equilibri dinamici e mutevoli delle varie forze.

All'interno di una visione positivistica e verticistica, ci si deve chiedere se vi siano soggetti nazionali o complessi che abbiano la potestà di emanare norme valide per tutti. A partire dal 1976 i raggruppamenti di Stati fanno nascere quel fenomeno noto come globalizzazione, che mira alla difesa dell'umanità in caso della commissione di grossi crimini. La globalizzazione consente di produrre e riprodurre ambiti o spazi organizzati a livello internazionale, argomenta l'a. che nei capitoli successivi compie un'attenta disamina degli strumenti giuridici, *rectius* geopolitici, attraverso cui il diritto internazionale, il *World Order*, si manifesta nelle sue dinamiche. L'argomentazione, da storica, diviene tecnica, quasi un codice nel codice a sua volta.

Dalla trattazione specialistica dell'attuale diritto internazionale nelle sue varie declinazioni, lo studioso evidenzia i limiti di un eccessivo positivismo, che rischia di avvinghiarsi su sé stesso, senza poter fornire soluzione alle numerose e complesse problematiche economiche, giuridiche e da ultimo umanitarie (p. 119, "macroscopica risulta essere la differenza fra una storia globale del diritto internazionale fondata sulla cronologia dei suoi soggetti statuali numerosi e molteplici, rispetto ad un codice globale, inteso come sommatoria di un numero più ridotto di ordinamenti regionali e sub-regionali. Solo così una storia regionale si riduce ad un codice qualificato").

L'esposizione mostra tutta quella fluidità e quella apparente semplicità che appartiene solo a chi, come il Maestro, padroneggia così bene le proprie conoscenze, da saperle restituire senza sovrastrutture retoriche. Ma ciò non deve indurre in inganno il lettore, poiché gli argomenti trattati sono il punto di sintesi, non certo di chiusura, di anni di studio e di riflessione sui complessi rapporti tra soggetti sovrani. Con il rigore scientifico costante che lo contraddistingue, e una bibliografia amplissima che correda ogni capitolo, lo studioso propone una nuova chiave di lettura dell'odierno diritto globale, mondiale, continentale.

Tra i primi (si veda dello stesso, *Ugo Grozio e la tradizione storica del diritto internazionale*, Napoli, 1974) a dimostrare in modo compiuto come il giusnaturalismo di Grozio nel suo *De iure belli ac pacis* avesse fondato il diritto internazionale, attraverso il richiamo a valori comuni insiti in ogni soggetto, l'A. rivede la sua impostazione giovanile e la adatta ai nuovi assetti. Egli individua i limiti e la stagnazione di alcune dinamiche concertative tra Stati sovrani, e il mancato raggiungimento degli obiettivi propri del diritto internazionale (pace, garanzia dei diritti umani, ecc.), proprio nella mancanza di richiamo a modelli teorici ampi, a principi generali, a un eccessivo meccanicismo nella normazione, focalizzato su rapporti di forza più che giuridici.

Rispetto a ciò, l'A. ravvisa la soluzione all'eccessivo meccanicismo proprio nel ritorno a categorie generali, a principi che regolano il mondo e che si ispirano a valori eterni. Così come il diritto internazionale, segnatamente il Trattato di Nereinsk, si ispirava al giusnaturalismo groziano, lo studioso trova la necessità di un nuovo codice storico globale per l'Europa che rifletta le istanze codificate nelle costituzioni dei singoli appartenenti a questo soggetto comunitario sovrano. Dunque, si può parlare di un sovranismo storicamente orientato, quale somma di una molteplicità di istanze a carattere democratico, ossia, come la definisce il nostro, sovranità condivisa. La sovranità condivisa, su basi di un nuovo giusnaturalismo, quale Codice euro-globale, è la proposta dello studioso, un punto di partenza per nuovi sviluppi del diritto internazionale.

Lucia di Cintio

Piero Pennetta, Susanna Cafaro, Angela Di Stasi,
Ivan Ingravallo, Gerardo Martino, Criseide Novi

Diritto delle organizzazioni internazionali

Milano, Wolters Kluwer, 2018, pp. LVII-469



Il volume qui recensito, pubblicato alla fine del 2018, rappresenta un notevole sforzo, al contempo individuale e collettivo, di fornire alla comunità scientifica, agli studenti universitari e agli operatori giuridici un quadro completo ed esaustivo del fenomeno dell'organizzazione internazionale nell'ordinamento internazionale contemporaneo.

Il libro, che in maniera significativa non contempla un curatore, ma che è invece attribuito collettivamente a tutti gli Autori dei singoli Capitoli che lo compongono, muove dalla premessa del carattere *strumentale* dell'organizzazione internazionale e, in questa prospettiva, analizza la dialettica tra la sovranità degli Stati e le funzioni da questi attribuite alle organizzazioni internazionali, e costituisce un valido e riuscito tentativo di descrivere in maniera organica fenomeni difficilmente riconducibili ad un unico modello ricostruttivo.

L'opera, che si apre con una bibliografia generale e una breve prefazione, utile a chiarirne lo spirito complessivo, è suddivisa in quattordici Capitoli, ognuno dei quali corredato da un ampio apparato di note e una dettagliata bibliografia, che affrontano i numerosi aspetti giuridici del fenomeno dell'organizzazione internazionale quale "ambito specialistico del diritto internazionale" (p. 1), sia sotto il profilo del loro inquadramento dogmatico, effettuato in una costante dialettica con le differenti posizioni espresse dalla letteratura scientifica internazionale, sia sotto il profilo della prassi delle organizzazioni e degli Stati, tanto normativa quanto operativa.

Il primo Capitolo, a firme congiunte di Gerardo Martino e Piero Pennetta (i quali "nonostante le regole burocratico-ministeriali esistenti in Italia!" non si attribuiscono specifiche parti del lavoro; cfr. la nota 1 a p. 1), delinea le categorie, per così dire, di base della materia di cui ci si occuperà per tutte le oltre 460 pagine che seguiranno e in particolare quella nozione di organizzazione internazionale per ricostruire la quale procede a un raffronto tra i vari modelli emersi in letteratura, specie fra la teoria c.d. costituzionale e quella c.d. funzionale, che viene abbracciata e, come già detto, fornisce la linea guida che ispira tutta l'analisi ("può intendersi come organizzazione internazionale (...) un ente che opera con continuità nel tempo e che è destinato dai partecipanti (prevalentemente soggetti statali) a svolgere determinate funzioni internazionali comuni e, che a tal fine, definisce o indica regole di comportamento che i destinatari possono avere l'obbligo o l'utilità di rispettare", p. 25). Deve essere sottolineato come, in conclusione di questo Capitolo, si evidenzia anche l'opportunità, per tutti i casi di organizzazione che dovessero a fatica rientrare

in tale definizione, di rivalutare e ripensare la categoria dell'“organo comune agli Stati” (p. 25).

Il secondo e il terzo Capitolo, a firma del solo Gerardo Martino, si occupano rispettivamente dell'evoluzione del fenomeno dell'organizzazione internazionale, suddiviso in tre fasi (dalla Pace di Westfalia allo scoppio del primo conflitto mondiale; dall'istituzione della Società delle Nazioni allo scoppio della seconda guerra mondiale; dalla nascita delle Nazioni Unite ad oggi), fino ad arrivare alle contemporanee *soft organizations*, nonché degli aspetti evolutivi di tale fenomeno, sotto il profilo istituzionale, che vengono analizzati con riguardo alle procedure di emendamento, modifica e revisione degli atti istitutivi. Al riguardo l'A. dopo aver descritto i relativi procedimenti in seno alle organizzazioni internazionali più “famoso” e di successo, come le Nazioni Unite o l'Organizzazione mondiale del commercio, evidenzia l'avvenuto superamento di tali modelli e la frammentazione (“pluralismo”, p. 89) delle procedure in seno alle varie organizzazioni regionali (europee, latinoamericane e caraibiche, africane, arabo islamiche, asiatiche) di cui si occupa.

Il quarto Capitolo, di Angela Di Stasi, analizza la classica, e comunque ancora complessa e attuale, questione della soggettività di diritto internazionale delle organizzazioni, alla luce del “(determinante) contributo della giurisprudenza internazionale ed interna” (p. 115) e degli apporti della dottrina (p. 120 ss.) e della prassi normativa (p. 125).

Criseide Novi si occupa invece, nel Capitolo quinto, delle competenze delle organizzazioni internazionali, che vengono tenute opportunamente distinte dai c.d. “poteri” (facendo riferimento la prima espressione alle materie o ambiti in cui le organizzazioni svolgono la propria attività, e la seconda agli strumenti giuridici di cui l'organizzazione può disporre “in relazione alle competenze”; p. 127), e di cui vengono analizzate le modalità di attribuzione e di limitazione.

Susanna Cafaro, nel sesto Capitolo, si occupa poi delle questioni relative alla *membership* e di tutti i connessi aspetti (diritto di voto e partecipazione, dovere di contribuire e diritto di accedere alle risorse, dovere di rispettare le regole comuni), nonché delle altre modalità, più affievolite, di partecipazione alle organizzazioni internazionali, che possono comportare “situazioni giuridiche differenziate” (p. 188).

Nel Capitolo settimo Piero Pennetta si occupa dell'apparato istituzionale delle organizzazioni, con una complessa e completa classificazione delle tipologie di strutture, tra loro grandemente eterogenee (“un'analisi non banale dell'apparato istituzionale deve necessariamente prendere atto del numero estremamente ampio di organizzazioni internazionali, ove si ritrovano caratteristiche istituzionali assolutamente diverse”, p. 195), di cui vengono abilmente evidenziate le “tendenze di fondo”, nonché della natura degli organi che in tale contesto possono essere istituiti e operare.

I due Capitoli successivi, ancora a firma di Piero Pennetta, affrontano rispettivamente il tema degli atti normativi adottati dalle organizzazioni internazionali (il c.d. diritto derivato, l'insieme delle “manifestazioni di volontà che sono finalizzate al perseguimento degli obiettivi istituzionali e che influenzano (in fatto o in diritto, direttamente o indirettamente) i comportamenti degli Stati, dell'apparato istituzionale e talora, i comportamenti degli individui”, p. 250) studiati sul presupposto

della complessità dei sistemi normativi così creati e della tendenziale irrilevanza del *nomen juris* degli atti adottati, e quello dei variegati processi decisionali mediante i quali le organizzazioni formano la loro volontà (e in questo contesto di grande interesse è l'analisi della metodologia della c.d. "geometria variabile", p. 316 ss.).

Il Capitolo decimo, di Gerardo Martino, studia i numerosi, complessi, differenti meccanismi di soluzione delle controversie istituiti in seno alle varie organizzazioni internazionali (evidenziando come la prospettiva funzionalista adottata renda la funzione di risoluzione delle controversie un "elemento strutturale delle organizzazioni internazionali"; p. 323 ss.), i quali sono analizzati nel rispetto delle loro peculiarità: dal modello proposto dalla Carta delle Nazioni Unite si passa poi al sistema di soluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio (di cui l'A. si è lungamente occupato in passato) e quindi alle procedure contenziose previste in differenti organizzazioni regionali (africane, dell'Asia-Pacifico, dell'area ex-sovietica, Arabo-Islamiche, latinoamericane e caraibiche).

Le relazioni esterne delle organizzazioni sono invece analizzate nell'undicesimo Capitolo, di Criseide Novi, la quale le affronta evidenziando la loro *funzione* di "espressione di una identità unitaria in ambito internazionale" (p. 367), cui consegue la necessità di coordinamento delle attività delle organizzazioni con quelle degli Stati. L'A. si occupa quindi delle varie forme in cui tali relazioni possono sostanziarsi, come l'instaurazione di relazioni diplomatiche e la possibilità di conclusione di accordi internazionali, analizzati in maniera approfondita non solo con riguardo al *treaty making power* (questione che è collegata a quella delle competenze, di cui la stessa Novi si occupa, come abbiamo visto, nel Cap. V), ma anche gli effetti prodotti da tali accordi, sia per le organizzazioni sia per gli Stati membri.

Ivan Ingravallo, nel Capitolo 12, si occupa quindi del tema classico, almeno dal secondo dopoguerra in poi (p. 402), del riconoscimento di immunità e privilegi alle organizzazioni internazionali e ai loro funzionari: ne sono analizzati tanto i fondamenti giuridici, dettagliatamente ricostruiti alla luce dei vari orientamenti espressi in dottrina, quanto le fonti normative, quanto, ancora, il contenuto; di particolare interesse è poi lo studio dell'impatto di siffatto regime sul rispetto dei diritti umani (p. 424).

Il penultimo Capitolo, a firma di Susanna Cafaro, studia i meccanismi di finanziamento delle organizzazioni internazionali con riguardo dapprima alle spese che le stesse devono sostenere ("affrontare il tema "uscite" prima del tema "entrate" può apparire – come difatti è – un'inversione logica. Tuttavia, poiché le entrate delle organizzazioni internazionali sono sempre commisurate alle uscite e si persegue l'obiettivo del pareggio di bilancio, è opportuno partire dalle spese per comprendere come si svolga il processo deliberativo relativo alle entrate", p. 433), e quindi alle fonti di finanziamento – distinte fra contribuzione obbligatoria, contribuzione volontaria e risorse proprie – e alle procedure di adozione del bilancio delle organizzazioni.

L'ultimo Capitolo, ancora a firma di Ivan Ingravallo, studia infine il complesso fenomeno dell'adattamento degli ordinamenti interni al diritto delle organizzazioni internazionali, visto come "complementare" alla *membership* ("poiché l'adattamento coinvolge solo i membri dell'organizzazione") e agli atti ("in quanto l'adattamento è finalizzato a introdurli negli ordinamenti interni, trasferendoli dalla dimensione

giuridica internazionale a quella nazionale”, p. 449); a tal fine sono affrontate le questioni del rango assunto dalle norme di adattamento a tali atti negli ordinamenti interni, sia in generale sia con specifico riguardo all’ordinamento italiano, con un occhio di riguardo al fenomeno dell’Unione Europea, come noto del tutto “inusuale” (p. 462) sotto questo profilo.

Come speriamo di esser riusciti ad evidenziare, il volume che recensiamo offre uno sguardo completo e autorevole (va detto che dei temi affrontati nei singoli capitoli, i rispettivi Autori hanno in precedenza già scritto diffusamente e in maniera approfondita) sul complesso e frammentato fenomeno dell’organizzazione internazionale contemporanea: una delle sue caratteristiche peculiari, e che lo distingue da altri manuali già in circolazione nella letteratura italiana e straniera, è infatti che esso, per scelta esplicita degli Autori, per un verso non limita la sua analisi alle organizzazioni internazionali più “importanti” o geograficamente più “vicine”, e per altro rifiuta di utilizzare uno e un solo modello di studio per così dire *generale* del fenomeno organizzativo, dando invece conto della *variabilità* del fenomeno delle organizzazioni internazionali contemporanee. Ulteriore elemento generale degno di nota è la grande attenzione per il fenomeno dell’organizzazione internazionale a livello regionale e per le sue peculiarità e differenze, anche molto marcate nei diversi contesti geografici.

Sotto il profilo didattico, poi, certamente utile è l’uso – già invalso nella pubblicistica ma sempre opportuno – di due differenti dimensioni di carattere per distinguere gli elementi di prassi o di dettaglio da quelli più ricostruttivi, centrali, definitivi.

In breve, il volume recensito rappresenta un lavoro al contempo di rigore scientifico, che attesta la grande qualità della presenza della dottrina italiana nel dibattito scientifico contemporaneo, e di certa utilità didattica, di cui potranno avvalersi non solo gli studenti universitari e *post-graduate*, ma anche gli operatori giuridici e coloro che ambiscono ad una carriera nelle organizzazioni internazionali.

Gianpaolo Maria Ruotolo

Libri ricevuti



Amedeo Arena, *Le “situazioni puramente interne” nel diritto dell’Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 297.

Paolo Beccegato, Michele D’Avino, Laura Stopponi, Ugo Villani (a cura di), *EurHope. Un sogno per l’Europa, un impegno per tutti*, Roma, Editrice AVE, 2019, pp. 224.

Cristina Campiglio (a cura di), *Un nuovo diritto internazionale privato*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pp. XIX-478.

Fausto Capelli, *La tutela dei prodotti agroalimentari di qualità in Italia e in Europa. Un’evoluzione giuridica di successo. Raccolta di scritti in materia di Diritto Alimentare*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. XI-442.

Gabriella Carella, *Fondamenti di diritto internazionale privato. Tra sovranità, cooperazione e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. XX-248.

Marina Castellaneta (a cura di), *I ricorsi alla Corte europea dei diritti dell’uomo: diritti azionabili e modalità di presentazione. Fonti e documenti*, Bari, Cacucci, 2018, pp. 223.

Andrea Catone, Andrea Martocchia (a cura di), *Bombe su Belgrado venti anni dopo. All’origine delle “guerre umanitarie”*, Bari, MarxVentuno Edizioni, 2019, pp. 233.

Myriam Di Marco, Silvio Ferrari (a cura di), *Ebraismo e cristianesimo nell’età dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. IX-159.

Ugo Draetta, Nicoletta Parisi (a cura di), *Elementi di diritto dell’Unione europea. Parte Speciale. Il diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, V ed., pp. XXXVI-389.

Luigi Ferrajoli, *Manifesto per l’uguaglianza*, Bari, Laterza, 2019, pp. XIII-296.

Massimo Fragola, *L’Europa mortificata*, Torino, Giappichelli, 2019, p. XV-119.

Francesco Gaspari, *Smart City, agenda urbana multilivello e nuova cittadinanza amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 281.

Silvia Marino, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. XII-294.

Alessandra Mignolli, *The European Union and Sustainable Development. A study on unilateral trade measures*, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2018, pp. 283.

Paola Mori (a cura di), *Le Regioni e l'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 183.

Rossana Palladino, *La detenzione dei migranti: regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 316.

Massimo Panebianco, *Codice Euro-globale. Epoche, spazi, soggetti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. XIV-385.

Paolo Picone, *Obblighi «erga omnes» e uso della forza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. XIII-691.

Fulvio Uccella, *Giurisdizione civile e straniero tra diritto nazionale ed internazionale*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. XXX-560.

Indice degli autori



Giuseppe TESAURO
Presidente emerito della Corte Costituzionale

Ugo VILLANI
emerito di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Paolo FOIS
emerito di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Sassari

Roberto BARATTA
ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Macerata

Martín Jesús URREA SALAZAR
profesor de Derecho internacional privado, Universidad Carlos III de Madrid

Giovanni CELLAMARE
ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Pierre DE GIOIA CARABELLESE
full Professor of Law in England and Wales, FHEA, già Professor of Law (University of Huddersfield) e Associate Professor of Business Law (Heriot Watt University, Edinburgo)

Criseide NOVI
associato di Diritto internazionale nell'Università di Foggia

Francesca PERRINI
ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Messina

Flavia ROLANDO
assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli "Federico II"

Marco BOLOGNESE

dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università degli studi di Macerata

Claudia CANDELMO

assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nella LUISS "Guido Carli" di Roma

Marco INGLESE

assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Parma

Matteo MANFREDI

assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano



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 il territorio regionale: Cultura dell'Ambiente, Sezione di Genere, Identità pugliese, 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 Gentile 52 – 70126 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

La tutela internazionale della persona umana nei conflitti armati

Annoni Alessandra; Salerno Francesco

ISBN 9788866118039 – Pagine 268 – Prezzo € 27,00



Questo testo – maturato nell’esperienza didattica dei due autori – analizza la disciplina sui conflitti armati tanto internazionali che non internazionali, avendo presente anzitutto la sua collocazione nel sistema “vivente” del diritto internazionale contemporaneo. A tal fine sono analizzati soggetti e fonti del diritto internazionale nonché valutate le condizioni giustificative dell’uso della forza ed i suoi riflessi anche nell’ordinamento costituzionale italiano. Particolare attenzione viene dedicata a regole e tecniche per mezzo delle quali il diritto internazionale tutela la persona umana nel contesto dei conflitti armati, assumendo però preliminarmente il dovuto coordinamento tra diritto internazionale umanitario (applicabile in quanto diritto speciale solo in situazioni di conflitto armato) e obblighi internazionali a tutela dei diritti umani.

Attuare il diritto dell’Unione Europea in Italia

Moavero Milanesi Enzo; Piccirilli Giovanni
(a cura di)

ISBN 9788866117926 – Pagine 204 – Prezzo € 20,00



È importante fermarsi a riflettere, oggi, a cinque anni dalla sua entrata in vigore, sull’impatto che la legge n. 234 del 2012 ha avuto con riguardo agli strumenti e alle procedure che disciplinano e definiscono l’appartenenza dell’Italia all’Unione europea. Cinque anni fa una nuova legge ‘di sistema’ era assolutamente necessaria, ineludibile. L’Unione aveva, infatti, cambiato volto, con le frequenti, successive riforme dei trattati base (da ultimo, con il Trattato di Lisbona, già entrato in vigore da oltre tre anni) e le significative innovazioni che avevano determinato. Tuttavia, nell’ordinamento italiano mancavano ancora le ‘gambe’ procedurali per poter interagire efficacemente con la nuova realtà europea.

Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani

Pustorino Pietro

ISBN 9788866117858 – Pagine 244 – Prezzo € 22,00



Le “Lezioni” si prefiggono lo scopo di introdurre il lettore allo studio della teoria e soprattutto della prassi in materia di diritti umani nell’ottica dell’ordinamento internazionale. L’autore ha optato per un approccio sintetico ma complessivo alla materia, non limitato quindi all’esame dei pur fondamentali sistemi normativi di carattere pattizio sui diritti umani e affrontando di conseguenza alcune problematiche disciplinate anche dal diritto internazionale generale, quali ad esempio la questione del conflitto fra diritti umani e regole internazionali in materia di immunità (dello Stato e dell’individuo-organo) e la responsabilità internazionale per violazione dei diritti umani. Particolare importanza assume nelle “Lezioni” l’esame della giurisprudenza internazionale e di quella interna, che, nella loro multiforme e talora coordinata applicazione delle norme sui diritti umani, garantiscono un costante adeguamento di tali norme alle complesse problematiche “moderne” in tema di diritti umani, dando spesso luogo a interpretazioni particolarmente estensive e persino a nuovi diritti individuali o collettivi.

Gli enti e la responsabilità per illecito

Caputi Gaetano; Rizzo Carlo (a cura di)

ISBN 9788866118060 – Pagine 952 – Prezzo € 75,00

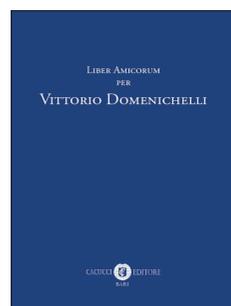


L’attenzione crescente verso misure sempre più incisive di contrasto della *maladministration* si è tradotta negli ultimi anni in una riforma radicale in grado di incidere significativamente sui criteri di fondo dell’azione dei pubblici poteri per la cura degli interessi cui sono preposti. Questo processo, non ancora definitivamente assestato, si è inserito in una fase, già avviata da tempo, di diversificazione e arricchimento delle formule tradizionali di organizzazione della pubblica amministrazione, assistendosi sempre più spesso al ricorso ad assetti organizzativi privatistici, o che si caratterizzano per la commistione di profili diversi, in funzione della cura e della gestione di interessi pubblici.

Liber Amicorum per Vittorio Domenichelli

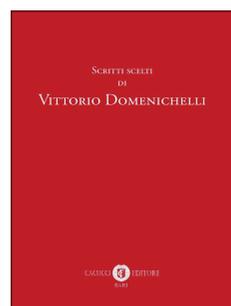
AA.VV.

ISBN 9788866117773 – Pagine 576 – Prezzo € 60,00



Scritti scelti di Vittorio Domenichelli

ISBN 9788866117780 – Pagine 630 – Prezzo € 70,00



Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre

Baruffi Maria Caterina; Ortino Matteo (a cura di)

ISBN 9788866117520 – Pagine 128 – Prezzo € 12,00



Il presente volume raccoglie gli atti di un'iniziativa organizzata congiuntamente dal Dipartimento di Scienze giuridiche, dal Centro di documentazione europea (CDE) e dalla Scuola di Dottorato in Scienze giuridiche ed economiche dell'Università degli Studi di Verona, in collaborazione con il Movimento Federalista Europeo, e suddivisa in due parti. Si tratta del convegno "Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre" e della tavola rotonda intitolata "Brexit: istruzioni per l'uso", tenutisi in data 19-20 ottobre 2017. I due incontri si inseriscono nel quadro del progetto nazionale "60 anni di Unione europea: sfide e prospettive per l'Europa di oggi e di domani", realizzato dalla rete italiana dei CDE con il contributo della Rappresentanza in Italia della Commissione. Filo conduttore di entrambi i momenti di approfondimento è un percorso a ritroso, alla ricerca delle radici dell'integrazione europea per ricostruire la successiva evoluzione e soffermarsi, infine, sulle sfide più attuali e urgenti che si aprono a seguito del referendum per il recesso del Regno Unito dall'Unione del 23 giugno 2016.

Spunti e riflessioni sull'Europa

2^a edizione ampliata e aggiornata

Triggiani Ennio

ISBN 9788866118091 – Pagine 322 – Prezzo € 29,00



Gli oltre tre anni trascorsi dalla prima edizione sono, nell'ambito dell'Unione europea, un periodo lunghissimo considerate la vastissima produzione normativa posta in essere annualmente e la sempre copiosa giurisprudenza dei tribunali europei. Pertanto, il necessario aggiornamento di un volume che voglia tenere il passo dei conseguenti cambiamenti non è mai semplice ed a volte comporta un supplemento di riflessione anche su valutazioni e soluzioni precedentemente espresse. Sul quadro politico generale del processo d'integrazione, descritto nel primo capitolo, si deve registrare, negli ultimi tempi, la pericolosa rinascita, in gran parte dei Paesi membri, di sentimenti xenofobi, razzisti ed ultra-nazionalisti; questi stanno mettendo in crisi le basi stesse del progetto europeo il cui profilo identitario è, invece, contrassegnato da tutela e promozione dei diritti fondamentali in un quadro di generalizzata solidarietà.

La difesa dell'Europa

La nuova difesa europea per le grandi sfide europee

Preziosa Pasquale; Velo Dario

ISBN 9788866118084 – Pagine 88 – Prezzo € 12,00



La difesa dell'Europa e la difesa europea identificano due visioni diverse.

La difesa europea è stata concepita dai tradizionalisti come difesa sovrana europea, ripetendo il modello di difesa affermato dagli Stati nazionali nell'Ottocento.

Oggi sviluppare una nuova difesa dell'Europa significa costruire un pilastro europeo all'interno della N.A.T.O., aperto ad accordi con i Paesi confinanti (Regno Unito dopo la Brexit, Russia, Israele, Paesi del Nord Africa) e i Paesi più importanti a livello mondiale.

Il libro ripercorre la storia europea degli ultimi settant'anni, che ha visto contrapporsi queste due visioni, e delinea un nuovo modello di difesa europea duale, con una componente controllata dai singoli Stati membri e una componente organizzata dalle autorità europee. Questo modello si fonda sull'esperienza storica sperimentata dagli Stati Uniti.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo amministrativo

Follieri Enrico (a cura di)

ISBN 9788866117759 – Pagine 830 – Prezzo € 55,00



I settanta anni dall'entrata in vigore della Costituzione della Repubblica Italiana hanno costituito l'occasione per una ricerca collettanea sulle decisioni della Corte Costituzionale che hanno riguardato il processo amministrativo. I saggi, per rendere il più possibile uniforme la trattazione, sono stati così articolati: a) gli arresti più rilevanti della Corte Costituzionale relativi alla tematica assegnata ad ogni partecipante alla ricerca; b) i commenti della dottrina alle decisioni analizzate, ai principi costituzionali invocati e alle applicazioni giurisprudenziali; c) i possibili sviluppi sugli istituti processuali analizzati; d) le considerazioni personali. Il testo, redatto da ogni singolo ricercatore, è stato inviato a tutti e se ne è discusso collegialmente.

Rivista di diritto privato Anno XXIV, 2019, n.1

ISBN 9788866118022 – Pagine 160 – Prezzo € 38,00

Il contratto alieno di *demand response*
di Edoardo Marcenaro

La presunta esclusi della responsabilità medica da contatto sociale
di Cristiano Cicero

I nuovi modi di "fare giustizia": alla ricerca di un equilibrio tra processo e sistemi
alternativi di composizione delle controversie

di Maria Antonietta Foddai

L'inadempimento della prelazione convenzionale di acquisto di diritti reali immobiliari
fra efficacia *ultra partes* del patto e responsabilità precontrattuale

di Andrea Bellorini

La regola di tolleranza

di Daniele Imbruglia

Dal formalismo di struttura al formalismo di funzione: il problema della «forma»
nella contrattazione finanziaria e bancaria dopo le Sezioni Unite

di Umberto Violante

I profili di rilievo assicurativo della legge Gelli-Bianco

di Paoloefisio Corrias

Profili attuali dell'istituto della scomparsa

di Daniele Corvi



Il diritto pubblico tra ordine e caos

I pubblici poteri nell'età della responsabilità

Montedoro Giancarlo

ISBN 9788866117421 – Pagine 222 – Prezzo € 25,00



L'avventura del diritto pubblico nei nostri tempi complicati e frenetici, in una società disincantata e piena di incertezze: è il tema che appassiona Giancarlo Montedoro e lo impegna, in questo terzo volume di una sua ideale trilogia, nella sfida di immaginarne un futuro possibile.

Dopo averci raccontato delle trasformazioni del diritto amministrativo sul nascere del nuovo millennio (Mercato e potere amministrativo, 2010) e della nuova centralità delle corti sulla scena giuridica globalizzata (Il giudice e l'economia, 2015), Montedoro si occupa ora delle radici della crisi del diritto pubblico e si interroga sui suoi sviluppi. Una crisi profonda, radicata in quella più generale di un mondo che sembra governato dall'irrazionalità, di una società fluida che non sembra più riconoscere valori fondativi, di una globalizzazione al tempo stesso travolgente e disperante.

Il regime speciale della risoluzione bancaria

Obiettivi e strumenti

Bocuzzi Giuseppe

ISBN 9788866117551 – Pagine 448 – Prezzo € 35,00



Il volume analizza uno dei temi più delicati e controversi della riforma della regolamentazione bancaria che ha fatto seguito alla crisi finanziaria globale del 2007/2009: il regime speciale dell'insolvenza bancaria, che consiste nell'applicazione generalizzata – a livello mondiale – del modello amministrativo di gestione delle crisi, gestito dalle autorità amministrative di risoluzione, secondo principi, regole e procedure differenti da quelli applicabili alle ordinarie imprese commerciali. Le nuove regole sono state applicate in Europa con la direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche (BRRD).

L'Autore focalizza la propria analisi sul recepimento nell'ordinamento italiano del framework europeo, realizzato attraverso molteplici interventi normativi che hanno integrato la precedente regolamentazione contenuta nel testo unico bancario.

«Tracce» di diritto agrario

Masini Stefano

ISBN 9788866117896 – Pagine 378 – Prezzo € 25,00



Seguire le “tracce” che lo studio del diritto agrario ha lasciato nel campo dell’ esplorazione scientifica comporta l’ impegno di considerare la specificità di una materia che continua a presentare non trascurabili elementi differenziali e di identità. La lettura delle norme, insistendo sugli antecedenti applicativi e lasciando intuire i segni del divenire, compone la cifra storica di un’ esperienza che varca i confini del fondo rustico e approda alla realtà dell’ impresa agricola, allargandosi alla cura del territorio e dell’ ambiente e alle possibilità di successo nella gara concorrenziale del mercato anche alimentare. Il diritto agrario è, oggi, contaminato da un’ idea di vita sociale e comunitaria; agisce in un sistema degli scambi che non conosce limiti ed è capace di guardare alla dimensione dei problemi del consumo. Si tratta, così, di legare i fili di un discorso unitario e di un complesso itinerario.

Verifica, accertamento, riscossione e azioni a tutela del contribuente

II edizione

Napoli Giuseppe; Rocchi Silvia

ISBN 9788866118008 – Pagine 372 – Prezzo € 35,00



Il volume, partendo dalla verifica fiscale e dall’ attività accertativa degli Uffici, si sviluppa nell’ esame della riscossione e del processo tributario, per concludersi con la disamina degli istituti deflattivi del contenzioso. La chiara esposizione del dato normativo (analizzato sulla base della principale e più attuale giurisprudenza della Corte di Cassazione), lo rende un commentario ragionato, sicuramente fondamentale per un approccio operativo alla materia. La rilevata caratteristica di esaustività e sistematicità del lavoro, ne fanno un’ opera non solo utile per gli operatori del settore (Avvocati, Dottori Commerciali, Esperti Tributarî, Amministrazione finanziaria, ecc.), ma anche adatta per accompagnare l’ insegnamento universitario, potendo, per l’ appunto, offrire agli studenti una prima, complessiva ed organica lettura della materia.

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*², 2019.
13. Iliaria 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 978-88-6611-810-7



9 788866 118107



€ 28,00