

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI STUDIOSI DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Organi dell'Associazione

Presidente: Antonio Tizzano

Segretario generale: Patrizia De Pasquale

Consiglio direttivo:

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

Collegio dei garanti:

Giandonato Caggiano, Paolo Mengozzi,
Bruno Nascimbene, Ennio Triggiani

Quaderni AISDUE

Comitato scientifico:

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

Comitato editoriale Quaderni AISDUE:

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

Comitato editoriale BlogDUE:

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

QUADERNI AISDUE

2021/2

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-258-0
ISSN 2723 9969

INDICE

<i>Presentazione</i> di ANTONIO TIZZANO	7
 <i>Focus “Brexit”</i>	
GATTI M., Il diniego dell’immunità diplomatica alla delegazione dell’Unione europea a Londra, 30 gennaio 2021	11
VITIELLO D., L’impatto della <i>Brexit</i> sui diritti dei minori stranieri non accompagnati, 14 aprile 2021	19
 <i>Focus “Carta dei diritti fondamentali”</i>	
MASTROIANNI R., Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia tra tutela dei diritti e tenuta del sistema, 1° febbraio 2021	51
 <i>Focus “Pandemia, diritto emergenziale e Unione europea”</i>	
MANZINI P., Brevi note sulla controversia relativa alla fornitura del vaccino AstraZeneca, 16 aprile 2021	63
 <i>Focus “La proposta di Patto su immigrazione e asilo”</i>	
DI PASCALE A., L’immigrazione “legale” nel nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo, 20 gennaio 2021	77
FRATEA C., La proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore: un limitato progresso rispetto alla direttiva sulla protezione temporanea, 26 gennaio 2021	101
MARIN L., Una rilettura di alcune misure del Patto sulle migrazioni alla luce della sussidiarietà: il valore aggiunto europeo come utopia?, 18 febbraio 2021	119
 <i>Focus “Servizi e piattaforme digitali”</i>	
CAGGIANO G., La proposta di <i>Digital Service Act</i> per la regolazione dei servizi e delle piattaforme <i>online</i> nel diritto dell’Unione europea, 18 febbraio 2021	139

CALOPRISCO F., <i>Data Governance Act</i> . Condivisione e “altruismo” dei dati, 5 maggio 2021	169
MANZINI P., Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di <i>Digital Market Act</i> , 25 febbraio 2021	189

Presentazione

Eccoci già al numero 2 dei Quaderni dell' AISDUE. La nostra iniziativa prosegue, quindi, e con successo. Questa volta abbiamo una nuova serie di scritti su temi vari, che vanno dalla *Brexit* alla Carta dei diritti fondamentali, dalla pandemia al Patto su immigrazione e asilo ai servizi e piattaforme digitali. Scritti di varia portata e lunghezza, ma tutti incentrati su temi di assoluta attualità e di particolare interesse, e quindi tutti meritevoli di attenzione.

È questo del resto lo scopo dei Quaderni e questo ci auguravamo nel varare l'iniziativa. Siamo lieti di averla rispettata anche nel n. 2 e speriamo di continuare sulla stessa linea anche nei prossimi numeri.

Il Presidente
Antonio Tizzano

Focus “Brexit”

IL DINIEGO DELL'IMMUNITÀ DIPLOMATICA ALLA DELEGAZIONE DELL'UNIONE EUROPEA A LONDRA

MAURO GATTI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il precedente di Trump. – 3. Assenza di accordi UE-Regno Unito sullo *status* della delegazione di Londra. – 4. L'incompleta cristallizzazione di norme consuetudinarie sulle immunità delle delegazioni dell'Unione. – 5. Le (insufficienti) immunità della delegazione dell'Unione nell'ordinamento britannico. – 6. La possibile risposta dell'Unione europea.

1. Il governo britannico si è recentemente rifiutato di garantire alla delegazione dell'Unione europea di Londra privilegi e immunità diplomatici, riservandosi di riconoscerle soltanto lo *status* che spetta agli uffici delle organizzazioni internazionali¹. La questione ha chiara rilevanza pratica, dato che gli uffici delle organizzazioni internazionali beneficiano di immunità limitate. Il personale delle organizzazioni, in particolare, si vede tipicamente riconosciuta soltanto l'immunità necessaria per l'esercizio delle sue funzioni (c.d. "immunità funzionale")², mentre il diplomatico di uno Stato beneficia altresì dell'immunità personale, inclusa, ad esempio, l'immunità assoluta dalla giurisdizione penale³.

Il diniego delle immunità diplomatiche per la delegazione di Londra solleva anche un problema simbolico: l'Unione cerca da tempo di assicurarsi la "parità con gli Stati" in modo da legittimarsi come attore internazionale⁴. Non solo l'Unione ha aperto 143 delegazioni, ma esse svolgono attività affini alle ambasciate nazionali⁵. Nella prassi, le delegazioni

* Ricercatore a tempo determinato *senior* presso l'Università di Bologna.

¹ P. WINTOUR e D. BOFFEY, *UK insists it will not grant EU ambassador full diplomatic status*, in *The Guardian*, 21 gennaio 2021, [theguardian.com/world/2021/jan/21/uk-insists-it-will-not-grant-eu-ambassador-full-diplomatic-status](https://www.theguardian.com/world/2021/jan/21/uk-insists-it-will-not-grant-eu-ambassador-full-diplomatic-status).

² H. G. SCHERMERS, N. M. BLOKKER, *International Institutional Law: Unity Within Diversity, Fifth Revised Edition*, Leiden, 2011, pp. 385-387.

³ V. Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961, UN Treaty Series, vol. 500, p. 95 (di seguito: Convenzione di Vienna del 1961), art. 31.

⁴ M. GATTI, *EU Diplomacy after Brexit*, in J. SANTOS VARA, R. A. WESSEL (eds.), *The Routledge Handbook on the International Dimension of Brexit*, Abingdon-on-Thames, 2020, p. 165 ss.

⁵ V. *amplius* M. GATTI, *European External Action Service: Promoting Coherence through Autonomy and Coordination*, Leiden, 2016, pp. 285-288; *contra*, v. P. KERRES, R. WESSEL, *Apples and Oranges? Comparing the European Union Delegations to National Embassies*, CLEER Working Paper, 2015, asser.nl.

dell'Unione sono trattate in modo simile alle ambasciate statali, nella misura in cui esse e il loro personale godono usualmente di piene immunità diplomatiche e privilegi, quale, ad esempio, l'uso del titolo "ambasciatore" per il capo delegazione⁶. Negando immunità e privilegi diplomatici alla delegazione dell'Unione il governo britannico mette in discussione, non soltanto le velleità para-statali dell'Unione, ma la sua stessa credibilità come attore internazionale.

2. Non è la prima volta che un governo sovranista adotta misure diplomatiche ostili all'Unione. Nel 2018, l'amministrazione Trump ha "declassato" la delegazione dell'Unione presso gli Stati Uniti. Trump non ha messo in discussione le immunità diplomatiche della delegazione, ma ha semplicemente modificato l'ordine di precedenza del corpo diplomatico di Washington, facendo in modo che l'ambasciatore dell'Unione europea figurasse tra i rappresentanti delle organizzazioni internazionali e non più fra quelli degli Stati⁷.

Questa decisione dell'amministrazione Trump era probabilmente legittima, da un punto di vista giuridico. L'Unione europea mira ad essere trattata come uno Stato per quanto riguarda l'ordine di precedenza del corpo diplomatico, ma non può, almeno per il momento, invocare un diritto in tal senso. Solo gli Stati godono del diritto ad essere trattati da "pari" per quanto riguarda l'ordine di precedenza⁸. L'Unione riesce, abbastanza frequentemente, a convincere gli Stati ospite a trattarla da pari, ma talvolta fallisce. Negli Stati Uniti, in particolare, è stato solo con Obama (2016) che l'Unione ha ottenuto una posizione simil-statuale nell'ordine di precedenza diplomatico. Trump ha semplicemente ripristinato la situazione pre-2016.

La decisione trumpiana ha avuto conseguenze perlopiù simboliche: ad esempio, l'ambasciatore dell'Unione non è stato invitato ad alcuni eventi. L'Unione si è comunque opposta fermamente al "declassamento" della sua delegazione e ha ottenuto che il suo ambasciatore tornasse alle prime posizioni nell'ordine di precedenza, dove permane ad oggi⁹.

⁶ V. *inter alia* G. BUTLER, *The European Union and Diplomatic Law: An Emerging Actor in Twenty-First Century Diplomacy*, in P. BEHRENS (ed.), *Diplomatic Law in a New Millennium*, Oxford, 2017, p. 319 ss.

⁷ V. M. KNIGGE, *Trump administration downgrades EU mission to US*, DW, 8 gennaio 2019, [dw.com/en/trump-administration-downgrades-eu-mission-to-us/a-46990608](https://www.dw.com/en/trump-administration-downgrades-eu-mission-to-us/a-46990608); sull'ordine di precedenza, v. E. DENZA, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford, 2016, p. 95 ss.

⁸ Questo diritto è codificato dall'art. 16 della Convenzione di Vienna del 1961, cit.

⁹ V. Dipartimento di Stato degli Stati Uniti, *Diplomatic Corps Order of Precedence and Dates of Presentation of Credentials*, aggiornato al 9 gennaio 2021, [web.archive.org/web/20210109182738/https://www.state.gov/diplomatic-corps-order-of-](https://www.state.gov/diplomatic-corps-order-of-)

3. Il governo britannico ha seguito in parte il precedente trumpiano, adottando però una soluzione più drastica. Non solo il Regno Unito nega alla delegazione dell'Unione un posto fra gli Stati nell'ordine di precedenza, ma si rifiuta di riconoscerle privilegi e immunità diplomatici. Il Regno Unito è l'unico Paese ad avere adottato questo approccio in tempi recenti; nei pochi casi in cui la delegazione dell'Unione e il suo personale non beneficiano di immunità diplomatiche complete, l'accreditamento è avvenuto in tempi piuttosto remoti¹⁰. La decisione britannica pare dunque una provocazione, tanto più perché immotivata. Il governo britannico sostiene di non volere creare un "precedente", che porterebbe alla proliferazione dello status diplomatico¹¹, ma questa argomentazione pare pretestuosa, dato che l'Unione dispone già di numerose altre delegazioni dotate di tale *status*.

Seppure ostile, la decisione del governo britannico è probabilmente legittima sul piano prettamente giuridico. Le immunità degli uffici e agenti delle organizzazioni internazionali sono disciplinate generalmente con accordi internazionali. È il caso dell'Unione, i cui privilegi e immunità sono regolati dal Protocollo (7)¹². Fin tanto che il Regno Unito è stato un membro dell'Unione europea, la rappresentanza della Commissione europea a Londra ha beneficiato di diritti e immunità in virtù del Protocollo 7 (il quale, peraltro, garantisce soltanto immunità funzionali a funzionari e agenti dell'Unione¹³). Il 31 gennaio 2020, come noto, il Regno Unito ha receduto dall'Unione europea. Di conseguenza, la rappresentanza della Commissione (ufficio che rappresenta la Commissione nei Paesi membri) si è trasformata in delegazione dell'Unione (ufficio che rappresenta l'Unione presso Stati terzi¹⁴). Durante il c.d. "periodo transitorio", comunque, la delegazione dell'Unione ha goduto delle medesime immunità e privilegi di cui godeva la rappresentanza della Commissione. L'Accordo sul recesso del Regno Unito, infatti, prevede che "il diritto dell'Unione si applica al Regno Unito e nel Regno Unito durante il periodo di transizione", cioè fino al 31 dicembre 2020¹⁵.

[precedence-and-dates-of-presentation-of-credentials/](#)

¹⁰ È il caso del Canada, ad esempio, dove l'accreditamento è avvenuto nel 1975; v. lo *European Communities Privileges and Immunities Order* (C.R.C., c. 1308), disponibile alla pagina laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/C.R.C.,_c._1308/page-1.html; v. anche E. Baroncini, *Il treaty-making power della commissione europea*, Napoli, 2009, pp. 198-201.

¹¹ V. P. WINTOUR e D. BOFFEY, *op. cit.*

¹² Protocollo (n. 7) sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea.

¹³ V. art. 11 del Protocollo 7.

¹⁴ V. art. 221, par. 1, TFUE.

¹⁵ Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, art. 127.

Con la fine del periodo transitorio, lo *status* della delegazione di Londra e del suo personale è diventato incerto. La questione non è trattata né nell'Accordo sul recesso del Regno Unito né nel successivo Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione UE-Regno Unito¹⁶ o in altri accordi bilaterali. Tipicamente, l'Unione conclude un accordo di stabilimento (*establishment agreement*) con lo Stato che ospita la sua delegazione, secondo una prassi codificata dalla Decisione sul Servizio europeo per l'azione esterna (2010)¹⁷. Ai sensi di tale Decisione, l'Alto rappresentante deve assicurarsi che gli Stati riceventi accordino alle delegazioni dell'Unione, al loro personale e ai relativi beni, "privilegi e immunità equivalenti" a privilegi e immunità diplomatici¹⁸. Il diritto dell'Unione non può però imporre un obbligo simile ad uno Stato terzo. Che può quindi rifiutarsi, come il Regno Unito ha fatto, di concludere un accordo di stabilimento.

4. Il diritto internazionale consuetudinario non contribuisce significativamente a chiarire la posizione della delegazione di Londra. Esso conferisce privilegi e immunità alle missioni diplomatiche degli Stati (codificati dalla Convenzione di Vienna del 1961). Il regime applicabile agli uffici delle organizzazioni internazionali e al loro personale è però diverso, almeno nel diritto internazionale generale. La natura consuetudinaria delle immunità delle organizzazioni internazionali è infatti contestata¹⁹ e ancora più controversa è l'immunità degli agenti delle organizzazioni internazionali²⁰. Si può escludere, in ogni caso, che si debbano riconoscere in via consuetudinaria privilegi e immunità diplomatici agli agenti delle organizzazioni internazionali.

L'Unione, a dispetto del suo carattere *sui generis*, sembra doversi qualificare come organizzazione internazionale per quanto concerne il regime delle immunità, come rivendicato dalla stessa Commissione europea: "the Union is an international organisation benefiting in non-EU countries from

¹⁶ Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord, dall'altra.

¹⁷ Decisione del Consiglio 2010/427/UE, art. 5, par. 6.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ V., in tal senso, M. WOOD, *Do International Organizations Enjoy Immunity Under Customary International Law?*, in *International Organizations Law Review*, 2014, p. 287 ss.; più in generale, v. M. DI FILIPPO, *Immunità dalla giurisdizione versus diritto di accesso alla giustizia: il caso delle organizzazioni internazionali*, Torino, 2013; S. DORIGO, *L'immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione contenziosa ed esecutiva nel diritto internazionale generale*, Torino, 2008.

²⁰ C. WALTER, F. PREGER, *Immunities of Civil Servants of International Organisations*, in T. RUYTS, N. ANGELET, L. FERRO (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge, 2019, pp. 544 e 545.

the general rule of international law regarding the jurisdictional immunity of international organisations”²¹. In quanto appartenenti a un'organizzazione internazionale e non a uno Stato, le delegazioni dell'Unione e il loro personale non dovrebbero godere di immunità diplomatiche, almeno in linea di principio. Nella prassi, come si è visto, gli Stati terzi riconoscono sistematicamente, seppure in via pattizia, privilegi e immunità diplomatici alle delegazioni dell'Unione. Sembra così in via di cristallizzazione una consuetudine relativa al riconoscimento di immunità diplomatiche alle delegazioni dell'Unione. Non è detto però che tale consuetudine sia già in essere, considerando che “the fact that a rule is set forth in a number of treaties may, but does not necessarily, indicate that the treaty rule reflects a rule of customary international law”²². Può darsi che l'incidente causato dal diniego britannico contribuisca, nei prossimi mesi, a chiarire l'avvenuta cristallizzazione, o meno, della consuetudine in parola.

5. I privilegi e le immunità della delegazione di Londra e del suo personale non sono ad oggi delineati con precisione dal diritto internazionale e dipendono quindi prevalentemente dal diritto britannico. Questi non sembra tutelare adeguatamente la delegazione dell'Unione europea. Ai sensi dello “European Union (Future Relationship) Act 2020” (di seguito: Future Relationship Act) del 31 dicembre 2020²³, il governo britannico può decidere che all'Unione, ai suoi organi e uffici, e al suo personale, siano garantiti i privilegi e le immunità che “it is in the opinion of Her Majesty in Council appropriate to confer on them”²⁴.

La delegazione dell'Unione a Londra beneficia quindi soltanto delle immunità repute “appropriate” da sua maestà. Il governo britannico ha già dichiarato che “the EU, its delegation and staff will receive the privileges and immunities necessary to enable them to carry out their work in the UK effectively”²⁵. In altri termini, le immunità funzionali tipiche delle organizzazioni internazionali.

²¹ Commissione europea, nota per il Committee of Legal Advisers on Public International Law del Consiglio d'Europa, 2010, www.coe.int/en/web/cahdi/database-immunities; v. anche R. A. WESSEL, *Immunities of the European Union*, in *International organizations law review*, 2014, p. 395 ss.

²² Commissione del diritto internazionale, draft conclusions on identification of customary international law, Report of the International Law Commission, Sixty-eighth session, 2016, p. 102, conclusione 11, par. 2.

²³ European Union (Future Relationship) Act 2020, 31 dicembre 2020.

²⁴ V. International Organisations Act 1968, del 26 luglio 1968, sezione 4B, sottosezione 2, lettere b e c, così come modificate dal Future Relationship Act, cit., sezione 27.

²⁵ V. P. WINTOUR e D. BOFFEY, *op. cit.*

Curiosamente, il *Future Relationship Act* sembra indicare che eventuali privilegi e immunità potrebbero essere previsti a livello bilaterale: nel decidere se e quali privilegi e immunità offrire, il governo britannico dovrà “tenere in considerazione” gli obblighi previsti in accordi internazionali di cui il Regno Unito è parte²⁶. Ciò pare suggerire che il governo britannico, a dispetto del suo atteggiamento ostile, tenga in seria considerazione la possibilità di concludere un accordo di stabilimento con l’Unione.

6. Sebbene l’azione del Regno Unito sia probabilmente legittima, crea un precedente pericoloso, che altri Stati potrebbero seguire. L’Unione potrebbe limitarsi a protestare e attendere: può darsi che il governo Johnson sia disposto a transigere sullo *status* della delegazione di Londra. Si riproporrebbe così il copione andato in scena negli Stati Uniti trumpiani.

Non si può escludere, però, che il governo britannico ritenga la questione di interesse nazionale e si dimostri fermo nei suoi propositi. In effetti, è stato ipotizzato che la decisione di non garantire immunità diplomatiche alla delegazione dell’Unione sia funzionale ad una precisa strategia del governo britannico: “to underline the government’s view that it should maintain relations with leading EU member states, rather than the institutions”²⁷.

Se il Regno Unito si rivelasse inamovibile, l’Unione dovrebbe necessariamente adottare delle ritorsioni. In ossequio al principio di reciprocità, l’Unione potrebbe “degradare” la rappresentanza del Regno Unito presso l’Unione, assegnandole il medesimo *status* che il Regno Unito garantisce alla delegazione di Londra. Tale misura è legittima dal punto di vista del diritto internazionale, dato che il diritto consuetudinario non impone l’obbligo di riconoscere immunità diplomatiche alle rappresentanze degli Stati presso le organizzazioni internazionali²⁸. E pare possibile anche dal punto di vista del diritto dell’Unione. Ai sensi dell’art. 16 del Protocollo (7), lo Stato in cui ha sede l’Unione “riconosce alle missioni dei paesi terzi accreditate presso l’Unione le immunità e i privilegi diplomatici d’uso”. Se interpretato letteralmente, l’art. 16 del Protocollo (7) potrebbe suggerire che, una volta accreditata presso l’Unione la rappresentanza di uno Stato

²⁶ V. International Organisations Act 1968, cit., sezione 4B, sottosezioni 1 e 2, lettere b e c, come modificate dal Future Relationship Act, cit., sezione 27.

²⁷ J. KANE, *Refusing diplomatic status to the EU’s London delegation is a counterproductive insult*, Institute for Government, 2021, instituteforgovernment.org.uk/blog/refusing-diplomatic-status-eu.

²⁸ V. H. G. SCHERMERS, N. M. BLOKKER, *op. cit.*, pp. 1163 e 1164; J. G. FENNESSY, *The 1975 Vienna Convention on the Representation of States in Their Relations with International Organizations of a Universal Character*, in *American Journal of International Law*, 1976, p. 62 ss.

terzo, questa ottiene automaticamente immunità diplomatiche. Un'interpretazione teleologica è però da preferirsi: l'art. 16 del Protocollo (7) non mira a tutelare le rappresentanze degli Stati terzi in quanto tali, ma a consentire all'Unione di ricevere missioni diplomatiche senza subire l'interferenza dei suoi Stati membri (segnatamente, il Belgio).

Si può dunque concludere che l'Unione ha il diritto, non l'obbligo, di chiedere al Belgio di garantire le immunità diplomatiche delle rappresentanze degli Stati terzi. Poiché *qui peut le plus peut le moins*, l'Unione può chiedere al Belgio di tutelare, non tutte le immunità diplomatiche della rappresentanza britannica, ma le sole immunità funzionali. In risposta al diniego di immunità diplomatiche per la delegazione di Londra, l'Unione potrebbe dunque "degradare" la rappresentanza diplomatica del Regno Unito. Un'*escalation* di ritorsioni non sarebbe ideale, ma certo preferibile ad una passiva accettazione della provocazione britannica.

L'IMPATTO DELLA *BREXIT* SUI DIRITTI DEI MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI

DANIELA VITIELLO*

SOMMARIO: 1. Una difficile e insolita eredità della *Brexit*: il destino dei minori stranieri non accompagnati. – 2. La cornice di diritto dell'Unione a tutela dei minori stranieri non accompagnati. – 3. Il diritto all'unità familiare dei minori non accompagnati richiedenti asilo nel Regno Unito *ante Brexit*. – 4. Le opzioni negoziali *post Brexit*: la bozza di accordo quadro tra l'Unione e il Regno Unito sul trasferimento dei minori stranieri non accompagnati. – 5. La prospettiva “bilateralizzazione” del negoziato e i suoi potenziali effetti distorsivi. – 6. La dichiarazione sulle vie legali di accesso alla protezione internazionale nel Regno Unito: una “terza via”?

1. Nella sentenza *Wightman*¹ la Corte di giustizia aveva preconizzato la “considerevole incidenza” che il recesso del Regno Unito dall'Unione avrebbe potuto spiegare sui diritti fondamentali, in particolare dei cittadini europei. Successivamente, nel caso *M.A. e al.*², aveva riconosciuto la situazione di incertezza giuridica in cui la *Brexit* gettava i cittadini dei paesi terzi richiedenti asilo, opponendovi l'obbligo dello Stato recedente e degli altri Stati membri dell'Unione di cooperare lealmente per dare piena ed effettiva attuazione al diritto dell'Unione (in specie al c.d. regolamento di Dublino³) durante l'intero periodo transitorio e fino all'entrata in vigore dell'accordo di recesso.

Pertanto, ci si attendeva (o perlomeno si auspicava) che la dichiarazione politica sulle future relazioni ponesse al cuore del mandato a negoziare misure compensative volte a limitare l'impatto della *Brexit* sui diritti fondamentali dei cittadini e dei non cittadini, in specie delle categorie sociali

* Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi della Tuscia.

¹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Wightman*, punto 64.

² Sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 2019, causa C-661/17, *M.A., S.A., A.Z.* Sull'obbligo di cooperazione in capo agli altri Stati membri dell'Unione nelle more della transizione cfr. altresì la sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2018, causa C-327/18 PPU, *RO*, sul mandato d'arresto europeo.

³ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione) (c.d. regolamento Dublino III).

più vulnerabili, come i minori stranieri non accompagnati⁴. Anche perché il libro bianco del Governo britannico sulle future relazioni con l'Unione contemplava espressamente l'interesse del Regno Unito a negoziare uno schema di trasferimento dei richiedenti asilo sul modello Eurodac-Dublino, che garantisse in particolare il rispetto del diritto all'unità familiare dei minori stranieri non accompagnati, oltre che a proseguire la cooperazione in materia di contrasto all'immigrazione irregolare ed esternalizzazione delle frontiere esterne⁵.

La dichiarazione politica sulle future relazioni ha, tuttavia, sconfessato gli intendimenti originari, chiarendo con lucido disincanto la reale portata degli interessi cooperativi del Regno Unito in questo ambito materiale: “contrastare la migrazione illegale, comprese le relative cause e conseguenze”⁶. Rispetto a tale obiettivo, che ha trovato traduzione negoziale nell'impegno a ricercare forme di cooperazione con le agenzie europee Europol e Frontex e a contribuire all'azione esterna dell'Unione nel contrasto dell'immigrazione irregolare, l'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili è rimasta, invece, sullo sfondo.

L'accordo di recesso⁷ ha registrato questo stato dell'arte, limitandosi a prevedere l'impegno del Regno Unito in relazione alla partecipazione al fondo fiduciario di emergenza per l'Africa e allo strumento per i rifugiati in Turchia⁸, nonché la cooperazione con Cipro “al fine di mettere a punto modalità e mezzi pratici per rispettare i diritti e soddisfare le esigenze dei richiedenti asilo e dei migranti illegali nelle zone di sovranità, tenendo presente considerazioni di ordine umanitario e in conformità della pertinente normativa relativa all'amministrazione delle zone stesse”⁹.

⁴ Cfr. in tal senso Parlamento europeo, *The Future Relationship between the UK and the EU in the Field of International Protection Following the UK's Withdrawal from the EU*, Study requested by the LIBE Committee, PE 608.836, October 2018.

⁵ UK Government, *White Paper on the Future UK-EU Relationship*, Cm 9593, July 2018, p. 70.

⁶ Dichiarazione politica che definisce il quadro delle future relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito, punto 114.

⁷ Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, 31 gennaio 2020. Come noto, il periodo transitorio previsto dall'accordo è terminato il 31 dicembre 2020. Per una disamina dell'accordo di recesso si veda M. DOUGAN, *So Long, Farewell, auf Wiedersehen, Goodbye: The UK'S Withdrawal Package*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 631 ss.; N. LAZZERINI, *L'Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020.

⁸ Accordo sul recesso, cit. *supra*, art. 155.

⁹ Protocollo sulle zone di sovranità del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord a Cipro, art. 7, par. 4, comma 2.

Al contempo, l'accordo sugli scambi e la cooperazione¹⁰, pur non prevedendo disposizioni in materia di protezione internazionale, gestione dei flussi migratori e unità familiare dei cittadini di paesi terzi, è stato accompagnato da una "dichiarazione politica sull'asilo e i rimpatri" in cui si prende atto "dell'intenzione del Regno Unito di avviare discussioni bilaterali con gli Stati membri più interessati per ricercare intese pratiche adeguate in tema di asilo, ricongiungimento familiare dei minori non accompagnati o migrazione irregolare, in conformità delle disposizioni legislative e regolamentari di ciascuna parte"¹¹.

L'opzione bilaterale ha guadagnato terreno durante il periodo di transizione in conseguenza della pretesa indisponibilità dei negoziatori di Bruxelles¹² a considerare un'estensione del proprio mandato a negoziare al fine di ricomprensere un accordo UE-UK sulla riammissione e, in collegamento con esso, un meccanismo di trasferimento dei minori stranieri non accompagnati valido per l'interna Unione¹³.

¹⁰ Come noto, dal 1° gennaio 2021 le relazioni tra il Regno Unito e l'Unione sono regolate dall'Accordo sugli scambi commerciali e sulla cooperazione, 31 gennaio 2020, secondo quanto previsto dalla decisione (UE) 2020/2252 del Consiglio, del 29 dicembre 2020, relativa alla firma, a nome dell'Unione, e all'applicazione provvisoria dell'accordo sugli scambi e la cooperazione e dell'accordo sulle procedure di sicurezza per lo scambio e la protezione di informazioni classificate. Per un inquadramento dell'accordo e dei suoi contenuti si rinvia a J. ZILLER, *The New Brexit Deal: Predictable Outcome of a Lose-Lose Negotiation. A First Glance Assessment of the EU-UK Trade Agreement 24.12.2020 (Second Episode)*, in CERIDAP, 29 December 2020; S. PEERS, *Analysis 2 of the Brexit Deal: EU/UK Trade and Cooperation Agreement – Overview*, in *EU Law Analysis*, 31 December 2020; G. CAGGIANO, *Nota sulla Brexit e sulle nuove relazioni fra Unione europea e Regno Unito*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, p. 49 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Prime considerazioni sugli accordi concernenti le future relazioni tra il Regno Unito e l'Unione europea*, in *federalismi.it*, 2021, p. 4 ss.

¹¹ Dichiarazioni di cui alla decisione (UE) 2020/2252, cit. *supra*.

¹² UK Home Office, *Statement of Policy in Relation to Family Reunion of Unaccompanied Children Seeking International Protection in the EU or the UK*, 16 March 2020; House of Lords, Select Committee on the European Union, *Corrected Oral Evidence: Brexit: Future UK-EU Co-operation on Asylum and International Protection*, 29 September 2020, Q27 (Chris Philp MP).

¹³ Cfr. sul punto il Draft Working Text for an Agreement between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the European Union on the Readmission of Persons Residing without Authorisation e il Draft Working Text for an Agreement between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the European Union on the Transfer of Unaccompanied Asylum-Seeking Children, presentati dal Governo britannico nel maggio 2020 e accessibili sul sito ufficiale dell'Home Office.

Secondo l'approccio "aggiornato" alle future relazioni, proposto dal Governo britannico nel febbraio 2020¹⁴, questi due accordi avrebbero dovuto rappresentare gli assi portanti delle relazioni tra Unione e Regno Unito in materia di asilo e immigrazione "illegale", da costruire su basi di reciprocità nell'ambito del partenariato in materia di sicurezza¹⁵. Constatata però l'impossibilità di negoziare in tempi brevi una *partnership* sulla tutela dei minori stranieri non accompagnati con l'intera Unione, in seguito all'entrata in vigore dell'accordo sugli scambi e la cooperazione l'Esecutivo d'oltre Manica ha aggiustato il tiro, sottolineando che la ricerca di intese bilaterali con singoli Stati membri dovrà andare di pari passo con "the Government's wider ambition to overhaul our approach to asylum and illegal migration, the new global immigration system and our future approach to refugee resettlement"¹⁶.

Nonostante questo tentativo di "annacquare" la specificità del problema riconducendone la trattazione all'interno del processo, tutto domestico, di ripensamento della politica nazionale di immigrazione e asilo, la questione di come preservare e continuare a garantire i diritti dei minori stranieri non accompagnati nel Regno Unito ha assunto oramai autonomia rilevante nel dibattito politico¹⁷ e giuridico¹⁸ sulla *Brexit*, divenendo una spina nel fianco del Governo Johnson.

Il presente contributo si propone di situare questo dibattito nella cornice delle future relazioni tra Regno Unito e Unione, valutando l'effettività delle opzioni negoziali sul tappeto dal punto di vista giuridico materiale e formale. A tal fine, la disamina prende le mosse dall'inquadramento della

¹⁴ UK Government, *The Future Relationship with the EU. The UK's Approach to Negotiations*, CP211, 27 February 2020, p. 28.

¹⁵ In questo senso, l'impostazione del documento sulle relazioni future del 2020 conferma quella del libro bianco del 2018, che collocava la cooperazione in materia di immigrazione e asilo nel capitolo secondo, rubricato "security partnership". Cfr. UK Government, *White Paper on the Future UK-EU Relationship*, cit., pp. 51-72.

¹⁶ UK Home Office, *Statement in Relation to Legal Routes from the EU for Protection Claimants Including Family Reunion of Unaccompanied Children*, 8 February 2021.

¹⁷ H. GRANT, 'Please Help Us': *Child Refugees Running out of Time to Reach UK before Brexit*, in *The Guardian*, 24 December 2020; M. BULMAN, *Britain Closes the Door on Unaccompanied Child Refugees*, in *Independent*, 26 January 2021; E. WALLIS, *Post-Brexit Britain Begins to Close Doors to Unaccompanied Children without Relatives in the UK*, in *InfoMigrants*, 26 January 2021.

¹⁸ Cfr. ad es. M. GOWER, *Family Reunion Rights and the EU (Withdrawal Agreement) Bill*, House of Commons Library, 23 December 2019; EAD., *Brexit: The End of the Dublin III Regulation in the UK*, House of Commons Briefing Paper 9031, 21 December 2020; N. NEWSON, *Brexit: Refugee Protection and Asylum Policy*, House of Lords Library, 17 September 2020; R. TAYLOR, *Post-Brexit: Asylum Seekers left in Limbo*, Chatham House, 5 February 2021.

condizione giuridica dei minori stranieri non accompagnati nell'ordinamento dell'Unione (par. 2) e quale risultante dall'attuazione del diritto dell'Unione nel Regno Unito *ante Brexit*, per valutare in una prospettiva sostanziale la *deminutio* di tutela conseguente al recesso (par. 3) e l'eventuale valore aggiunto del perfezionamento di un accordo quadro con l'Unione sul trasferimento dei minori stranieri non accompagnati, nei termini proposti dal Governo britannico (par. 4).

Si passa, quindi, all'esame dei profili formali inerenti alla natura della competenza dell'Unione in quest'ambito materiale e all'ipotesi di "bilateralizzazione" del negoziato, considerando l'espunzione dell'impegno a negoziare con l'Unione dal mandato concordato in sede di dichiarazione politica (par. 5). Infine, nelle conclusioni si commentano le più recenti prese di posizione del Governo britannico in relazione a un'ipotetica "terza via", non cooperativa, al rafforzamento degli strumenti di *resettlement* dei minori stranieri non accompagnati direttamente dalle zone di conflitto (par. 6).

2. In una celebre pronuncia del 2017 relativa alla tutela giurisdizionale dei diritti dei minori stranieri richiedenti asilo, la *Civil Division* della Corte d'appello d'Inghilterra e Galles rimarcava un dato di disarmante evidenza, eppure troppo spesso negletto e frustrato: "a child is foremost a child before he or she is a refugee"¹⁹.

Questa evidenza pre-giuridica permea la cornice di diritto dell'Unione in materia di tutela dei minori stranieri non accompagnati che, pur non senza lacune e asimmetrie²⁰, riconduce qualsiasi decisione relativa al minore all'accertamento del suo *best interests*, indipendentemente dal possesso della cittadinanza di uno Stato membro o di uno *status* di soggiorno regolare²¹. D'altronde, la protezione del minore rappresenta, nel diritto prima-

¹⁹ UK Court of Appeal (England and Wales), judgment of 17 May 2017, *AM (Afghanistan) v Secretary of State for the Home Department* [2017] EWCA Civ 1123, par. 35. Quest'impostazione riflette, peraltro, un principio cristallizzato nel diritto internazionale dei diritti umani, su cui v. per tutti il Commento generale n. 14(2013) del Comitato sui diritti dell'infanzia, *On the Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration* (Art. 3, para. 1), in cui si sottolinea la tridimensionalità del principio del superiore interesse, in quanto diritto soggettivo, canone interpretativo e regola procedurale fondamentale in relazione a qualsiasi decisione che riguardi il bambino.

²⁰ Sul punto si rinvia a C. FAVILLI, *The Standard of Fundamental Rights Protection in the Field of Asylum: The Case of the Right to an Effective Remedy between EU law and the Italian Constitution*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 167 ss., in relazione in particolare allo iato esistente tra lo *standard* di tutela dei diritti fondamentali dei rifugiati e dei richiedenti asilo previsto dalla Carta, in conformità alle rilevanti fonti di diritto internazionale, e quello contenuto nel diritto secondario regolante la materia, spesso frutto di un compromesso "a ribasso" tra istituzioni dell'Unione e Stati membri.

²¹ Cfr. in tal senso la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al

rio, un obiettivo fondamentale, che l'Unione s'impegna a promuovere tanto nelle politiche interne quanto nelle relazioni esterne²².

A tal fine, l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione²³ non si limita a codificare il principio del superiore interesse del minore come sancito nella Convenzione di New York²⁴, e dunque nella duplice veste di diritto soggettivo alla protezione e alle cure e di regola esecutivo-procedurale. La Carta, infatti, estende la portata dei diritti del minore ai profili procedurali e sostanziali della libertà di espressione, imponendo la considerazione dell'opinione del minore, secondo la sua età e maturità, nelle decisioni che lo riguardano²⁵. La Carta sancisce altresì in termini ampi il diritto alla vita familiare e all'unità della famiglia, che incorpora il diritto di intrattenere regolari relazioni personali e contatti diretti con i genitori²⁶ e fa sorgere una serie di obblighi positivi in capo alle autorità statali per quel che riguarda (tra l'altro) il ricongiungimento familiare. Questi obblighi, contenuti nella normativa secondaria e ricondotti dalla Corte di giustizia al

Consiglio, *La protezione dei minori migranti*, COM(2017) 211 final, 12 aprile 2017, p. 10 ss.

²² Cfr. l'art. 3, paragrafi 3 e 5, TUE.

²³ In argomento, L. RATTI, *Art. 24. Diritti del minore*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 476 ss.

²⁴ Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, art. 3. Come noto, la Convenzione è il trattato multilaterale, di tipo universale, che ha ricevuto sinora il maggior numero di ratifiche. Vi fanno parte tutti gli Stati membri dell'Unione, nonché il Regno Unito. Sul rilievo di tale trattato nell'ordinamento dell'Unione cfr. A. ADINOLFI, *La rilevanza della CRC nell'ordinamento dell'Unione europea*, in Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, Roma, 2019, p. 63 ss.

²⁵ Art. 24, par. 1, della Carta, che riproduce il contenuto degli articoli 12 e 13 della Convenzione di New York. Sul diritto del minore a essere ascoltato cfr. B. UBERTAZZI, *The Child's Right to Be Heard in the Brussels System*, in *europeanpapers.eu*, 2017, p. 43 ss. Più in generale, sui rapporti tra tutela del diritto dei migranti e dei rifugiati derivante dalla Carta e dagli altri trattati pertinenti di diritto internazionale, nell'ordinamento dell'Unione, cfr. F. IPPOLITO, *Migration and Asylum Cases before the Court of Justice of the European Union: Putting the EU Charter of Fundamental Rights to Test?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2015, p. 19 ss.

²⁶ Art. 24, par. 3, della Carta, che rinvia all'art. 9 della Convenzione di New York. La realizzazione di questo diritto rientra nelle competenze dell'Unione ex art. 81 TFUE, relativo alla cooperazione giudiziaria in materia civile, su cui R. CLERICI, *Art. 81 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., p. 500 ss.; G. BIAGIONI, *The Convention on the Rights of the Child and the EU Judicial Cooperation in Civil Matters*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 365 ss.

rispetto dell'art. 7 della Carta²⁷, assumono particolare pregnanza nei riguardi dei minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo²⁸.

Data la peculiarità della loro condizione, infatti, questi minori godono di una tutela rafforzata²⁹, che si compone di un ventaglio di garanzie procedurali e di diritti sostanziali. Rileva, in primo luogo, l'accesso facilitato e prioritario alle procedure di determinazione dello *status*, l'obbligo di nomina di un rappresentante, l'adozione della decisione finale in tempi rapidi, con stringenti limiti all'utilizzo delle procedure accelerate e di frontiera³⁰.

Nell'ambito della cooperazione di Dublino viene in evidenza, poi, il divieto di trasferimento del minore non accompagnato che abbia già presentato domanda d'asilo in uno o più Stati membri, se non a fini di ricongiungimento familiare³¹. La Corte di giustizia ha, infatti, ricavato dalle disposi-

²⁷ Come noto, ai sensi della clausola d'interpretazione parallela di cui all'art. 52, par. 3, della Carta, lo *standard* di tutela apprestato dall'art. 7 deve allinearsi, come minimo, alla tutela approntata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ex art. 8 CEDU. Sugli obblighi positivi che discendono dall'art. 8 CEDU in materia di unità familiare, cfr. le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 dicembre 2001, ric. n. 31465/96, *Sen c. Paesi Bassi*, par. 37; del 1° dicembre 2005, ric. n. 60665/00, *Tuquabo-Tekle c. Paesi Bassi*, par. 42; del 12 ottobre 2006, ric. n. 13178/03, *Mayeka e Mitunga c. Belgio*, par. 90. Sulla giurisprudenza di Strasburgo ex art. 8 CEDU cfr. altresì V. COLUCCI, *Il diritto di visita del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (art. 8 Cedu)*, in A. DI STASI (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano*, II ed., Milano, 2020, p. 591 ss.

²⁸ La definizione di minore non accompagnato, nell'ambito del Sistema europeo comune d'asilo, è contenuta all'art. 2, lett. j), del regolamento Dublino III, nonché all'art. 2, lett. f), della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare.

²⁹ La peculiare condizione dei minori non accompagnati è riconosciuta, a livello internazionale, nell'art. 20 della Convenzione di New York, su cui v. il Commento generale n. 6(2005) del Comitato sui diritti dell'infanzia, *Treatment of Unaccompanied and Separated Children outside Their Country of Origin*, spec. il par. 79 in cui il ricongiungimento familiare dei minori non accompagnati è qualificato come "*durable solution*". Nell'ambito del Consiglio d'Europa, cfr. le risoluzioni dell'Assemblea parlamentare n. 1810(2011), *Unaccompanied Children in Europe: Issues of Arrival, Stay and Return*, e n. 2136(2016), *Harmonising the Protection of Unaccompanied Minors in Europe*. Sulla condizione di vulnerabilità dei minori richiedenti asilo si veda M. MARCHEGIANI, *The Best Interests Principle's Impact on Decisions Concerning Asylum Seeking and Refugee Children*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge, 2019, p. 39 ss.

³⁰ Cfr. l'art. 25 della 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, nonché l'art. 6, par. 2, del regolamento Dublino III.

³¹ Cfr. l'art. 6, par. 2, del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003 (c.d. regolamento Dublino II), come interpretato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 6 giugno 2013, causa C-648/11, *MA, BT, DA*. Sul punto cfr. A. DEL GUERCIO, *Superiore*

zioni relative al radicamento della competenza all'esame della domanda presentata da minori non accompagnati una presunzione *iuris tantum* secondo la quale è nel superiore interesse del minore considerare la sua situazione come indissociabile da quella dei genitori³².

Nel caso di minori non accompagnati privi di legami familiari, invece, s'impone l'individuazione dello Stato competente all'esame della domanda in funzione della celerità delle procedure per il riconoscimento dello *status*, secondo un'esegesi dell'art. 8 del regolamento di Dublino ampiamente accolta dalle corti nazionali³³, ancorché frustrata dalle proposte di modifica dell'atto³⁴. A ciò si aggiunge la facoltà degli Stati membri di farsi carico della responsabilità del minore o di favorirne il ricongiungimento a persone legate da qualsiasi vincolo di parentela mediante il ricorso alle c.d. clausole

interesse del minore e determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione Europea, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 243 ss.; A. L. SCIACOVELLI, *Minori stranieri non accompagnati: criticità e nuovi sviluppi giurisprudenziali*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2018, p. 499 ss.; M. CASTIGLIONE, *L'interesse superiore del minore al ricongiungimento familiare tra sovranità statale e regolamento Dublino III*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, p. 110 ss.

³² Cfr. la sentenza della Corte di giustizia nel caso *M.A., S.A., A.Z.*, cit., punto 87, in relazione all'interpretazione dell'art. 20, par. 3, del regolamento Dublino III.

³³ Sia consentito rinviare, per la disamina della giurisprudenza nazionale, a A. FAVI, N. LAZZERINI, D. VITIELLO, *The Best Interests of the Child in the Context of Transnational Movement. National Courts and the EU Charter of Fundamental Rights. Handbook on Judicial Interaction Techniques in the Application of the EU Charter*, European University Institute, 2019, pp. 68 e 69.

³⁴ Come noto, il contenuto dell'art. 6, par. 2, del regolamento Dublino II è stato rifiuto nell'art. 8, par. 4, del regolamento Dublino III, che però non ha sciolto l'ambiguità derivante dall'allocatione della competenza in capo allo Stato membro "in cui il minore non accompagnato ha presentato la domanda di protezione internazionale, purché ciò sia nell'interesse superiore del minore" in maniera conforme alla sentenza *MA, BT, DA*, cit. (cfr. in particolare il punto 59). La successiva proposta di modifica del regolamento Dublino III, per quanto riguarda la determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata da un minore non accompagnato che non ha familiari, fratelli o parenti presenti legalmente in uno Stato membro (COM(2014) 382 final, 26 giugno 2014), non ha ricevuto alcun seguito ed è stata ritirata in sede di presentazione del c.d. "pacchetto asilo" del 2016 (cfr. la comunicazione COM(2016) 270 final, 4 maggio 2016, p. 5). La questione dell'interpretazione delle norme di Dublino a tutela dei minori stranieri non accompagnati non è stata risolta neppure dalla proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX (Fondo asilo e migrazione), COM(2020) 610 final, 23 settembre 2020, il cui art. 15, par. 5, riproduce piuttosto fedelmente il contenuto dell'art. 8, par. 4, del regolamento attualmente in vigore. Sul punto, T.M. MOSCHETTA, *L'impasse Dublino: l'incompiuta riforma dei criteri di competenza nella proposta di regolamento su asilo e immigrazione*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, p. 78 ss., p. 88.

discrezionali previste dal regolamento di Dublino. Strumento di ulteriore garanzia, azionabile per assicurare il rispetto di obblighi assunti dallo Stato membro in base al diritto internazionale o promananti dalle norme costituzionali, tali clausole non pongono la facoltà di avocare la competenza per il minore al di fuori del cono d'ombra del diritto dell'Unione. Al contrario, introducono un elemento di flessibilità rispetto ai criteri gerarchici di allocazione delle domande d'asilo, che non può (e non deve) pregiudicare le finalità della cooperazione di Dublino, né tantomeno derogare al principio del superiore interesse del minore³⁵.

Dalla centralità del *best interests of the child* discende altresì l'obbligo imposto alle autorità statali di adottare una condotta proattiva e cooperativa alla ricostruzione dei legami familiari del minore straniero³⁶, la cui esistenza comprovata è il criterio preminente ai fini del radicamento della competenza all'esame della domanda d'asilo³⁷. Questo comporta (o almeno dovrebbe) il ricorso a tutti i canali di cooperazione per accertare i legami

³⁵ Sulla ricorso alle clausole discrezionali, in particolare, alla clausola di sovranità cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S. e M.E.*; del 30 maggio 2013, causa C-528/11, *Halaf*; del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C.K.*, su cui si rinvia a M. MARCHEGIANI, *Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 159 ss.; C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 701 ss.; E. PISTOIA, *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l'intruso?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, p. 26 ss. Per una lettura critica della sentenza della Corte di giustizia nel caso *M.A., S.A., A.Z.*, cit., per quel che riguarda l'interpretazione dell'art. 17 del regolamento Dublino III nel senso che da esso non possa scaturire un divieto di trasferimento del minore, finanche laddove il trasferimento sia in contrasto con il *best interests of the child* (punto 71), cfr. M. FERRI, *Il rapporto tra clausola di sovranità e diritti fondamentali: riflessioni critiche a partire dalla sentenza della corte di giustizia M.A., S.A., A.Z. sui trasferimenti Dublino verso il Regno Unito*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, p. 8 ss.

³⁶ Cfr. l'art. 6, par. 4, e l'art. 7, par. 3, del regolamento Dublino III, nonché gli articoli 23 e 24, par. 3, della direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

³⁷ Cfr. gli articoli 8-11 del regolamento Dublino III. La proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione (COM(2020) 610 final) amplia ulteriormente la nozione di "familiare" valorizzando ogni "collegamento significativo" ai fini del radicamento della competenza per l'esame della domanda d'asilo. Sul punto v. T.M. MOSCHETTA, *L'impasse Dublino*, cit., p. 86. Più in generale, sulla riforma del regolamento di Dublino cfr. M. DI FILIPPO, *The Dublin Saga and the Need to Rethink the Criteria for the Allocation of Competence in Asylum Procedures*, in V. MITSILEGAS, V. MORENO-LAX, N. VAVOULA (eds.), *Securitising Asylum Flows. Deflection, Criminalization and Challenges for Human Rights*, Leiden, 2020, p. 196 ss.

familiari del minore: non solo Eurodac³⁸, dunque, ma anche le autorità centrali operanti nell'ambito del regolamento Bruxelles II-*bis*³⁹. Inoltre, laddove sussistano situazioni di dipendenza⁴⁰, l'esistenza di legami familiari comprovati è stata portata a sostegno di un'esegesi particolarmente estensiva della nozione giuridica di "parente" ai fini della preservazione dell'unità della famiglia⁴¹.

Quanto alle condizioni di accoglienza, esse devono essere dignitose e adeguate ai bisogni specifici del minore⁴². In particolare, le autorità statali sono tenute a individuare un domicilio stabile per il minore e a ridurre al minimo gli spostamenti⁴³, nonché a far precedere il trasferimento nello Stato membro competente da un previo accertamento dell'idoneità delle condizioni di accoglienza per il minore interessato⁴⁴. La Corte ha altresì precisato che l'accoglienza materiale non può essere revocata come misura sanzionatoria nel caso di cui il minore si renda responsabile di gravi violazioni

³⁸ Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l'"Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013.

³⁹ Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000. La Commissione, in particolare, ha invitato gli Stati membri a servirsi di tale canale nella comunicazione COM(2017) 211 final, p. 10. Sul punto si rinvia a C. HONORATI, *La tutela dei minori migranti tramite il diritto internazionale privato: quali rapporti tra Dublino III e Bruxelles II-bis?*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione Europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 717 ss.; E. DI NAPOLI, *Sinergie tra diritto dell'immigrazione e diritto internazionale privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati*, in Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, cit., p. 431 ss. Più in generale, sul regolamento Bruxelles II-*bis* v. L. CARPANETO, *La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore "in astratto" e "in concreto" nella riforma del Regolamento Bruxelles II-bis*, in *Rivista di diritto privato e processuale*, 2018, p. 944 ss.; C.E. TUO, *Superiore interesse del minore e regolamenti UE di diritto internazionale privato della famiglia*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, p. 676 ss.

⁴⁰ Cfr. l'art. 16 del regolamento Dublino III, in combinato disposto con l'art. 2, lett. g).

⁴¹ Nella sentenza del 6 novembre 2012, causa C-245/11, *K. c. Bundesasylamt*, punti 44-47, la Corte di giustizia ha interpretato la nozione di "altro parente" di cui alla c.d. "clausola umanitaria" del regolamento Dublino II (art. 15, par. 2) come più ampia di quella di "familiare" di cui all'art. 2, lett. i), dello stesso atto, al fine di ricomprendervi la nuora e i nipoti minori di una richiedente asilo, con la quale i primi avevano un rapporto di dipendenza.

⁴² Cfr. l'art. 21 della direttiva 2013/33/UE.

⁴³ Ivi, art. 24, par. 2.

⁴⁴ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 4 novembre 2014, n. 29217/12, *Tarakbel c. Svizzera*, paragrafi 115-118.

delle regole del centro che lo ospita e l'opportunità stessa della sanzione deve essere ponderata alla luce del superiore interesse del bambino⁴⁵.

Infine, il diritto dell'Unione comprime la discrezionalità statale in relazione all'*an* e al *quomodo* dell'allontanamento del minore non accompagnato, ponendo in capo alle autorità nazionali un obbligo di previo accertamento che l'esecuzione del rimpatrio rispetti il principio del superiore interesse e che il minore sia adeguatamente accolto nel paese di destinazione⁴⁶. Come recentemente chiarito dalla Corte di giustizia, da tale obbligo discende l'incompatibilità con il diritto secondario dell'Unione, letto alla luce dell'art. 24, par. 2, della Carta, di una decisione di rimpatrio fondata sul mero parametro dell'età⁴⁷. A ciò si aggiungono limiti stringenti al trattenimento, che può avvenire solo in circostanze eccezionali⁴⁸ e come *extrema ratio*⁴⁹, per un periodo di tempo il più breve possibile e in strutture dedicate⁵⁰, dotate di personale adeguatamente formato e in grado di offrire attività ricreative e l'accesso all'istruzione⁵¹. Come recentemente sottolineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, considerazioni pratiche, relative (in specie) alla gestione dei flussi, non possono giustificare il trattenimento di minori, accompagnati e non, in zone di transito poste alle frontiere esterne, ove non sia possibile svolgere “[an] individualised assessment of the special needs of the applicant children”⁵². La vulnerabilità del minore – intesa alla stregua di una caratteristica intrinseca del soggetto, suscettibile di essere aggravata dal contesto in cui si trova⁵³ – assume, dunque, preci-

⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 2019, causa C-233/18, *Haqbin*, in relazione all'interpretazione dell'art. 20, par. 5, della direttiva 2013/33/UE. In tema, v. M. MARCHEGIANI, *Revoca delle condizioni materiali di accoglienza e minori richiedenti protezione: l'orientamento della Corte di giustizia nel caso Haqbin*, in *SIDI Blog*, 30 novembre 2019.

⁴⁶ Cfr. l'art. 17 della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 2021, causa C-441/19, *TQ*, relativa all'interpretazione degli articoli 6 e 8 della direttiva 2008/115/CE.

⁴⁸ Art. 11, par. 3, della direttiva 2013/33/UE.

⁴⁹ Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, peraltro, il superiore interesse del minore richiede la ricerca di soluzioni di accoglienza alternative al trattenimento. Cfr. le sentenze del 5 aprile 2011, n. 8687/08, *Rabimi c. Grecia*; del 22 novembre 2016, n. 25794/13 e 28151/13, *Abdullabi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta*; del 25 giugno 2020, n. 9347/14, *Moustabi c. Francia*.

⁵⁰ Cfr. l'art. 11, par. 3, co. 3, della direttiva 2013/33/UE, dove si afferma l'obbligo degli Stati membri di garantire una sistemazione separata dagli adulti.

⁵¹ Cfr. l'art. 10 della direttiva 2008/115/CE.

⁵² Cfr. da ultimo la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2 marzo 2021, n. 36037/17, *R.R. e al. c. Ungheria*, par. 58.

⁵³ Sull'approccio “contestuale” al criterio della vulnerabilità, cfr. A. KIŠUNAITĖ, *Children's Rights Protection in the EU: The Need for a Contextual Perspective*, in *Peace Human*

pua rilevanza nella qualificazione del trattenimento del minore nella zona di transito come violazione del suo diritto alla libertà e alla sicurezza⁵⁴.

L'esame attento della situazione del minore, da svolgere "avec une diligence particulière"⁵⁵, assume pertanto specifica cogenza nel caso dei minori richiedenti asilo, che sono portatori di un'istanza di protezione particolarmente qualificata⁵⁶. La tutela rafforzata dei minori non accompagnati connota, *a fortiori*, la fase successiva al riconoscimento dello *status*⁵⁷. Il cardine della giurisprudenza della Corte di giustizia, che appare particolarmente garantista del diritto al ricongiungimento familiare dei minori rifugiati⁵⁸, è invero la natura dichiarativa dello *status* di protezione internazionale. Da essa discende che il diritto soggettivo al ricongiungimento familiare sorge indipendentemente dall'atto formale di accertamento dello *status*⁵⁹ e che il suo godimento non possa essere assoggettato a oneri proce-

Rights Governance, 2019, p. 171 ss. Più in generale, v. F. IPPOLITO, *Understanding Vulnerability in International Human Rights Law*, Napoli, 2020, p. 108 ss.

⁵⁴ Cfr. le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *R.R. e al.*, cit., e *Ilias e Ahmed c. Ungheria* (sentenza del 21 novembre 2019, n. 47287/15, paragrafi 215 e 225). In entrambi i casi la Corte di Strasburgo si è pronunciata sulle condizioni di accoglienza nella medesima zona di transito di Röszke, al confine tra Ungheria e Serbia. Tuttavia, solo nel caso *R.R. e al.* ha concluso che, in conseguenza della vulnerabilità dei ricorrenti, il regime di trattenimento che vi si applicava dovesse essere qualificato alla stregua di una forma di detenzione in contrasto con l'art. 5 CEDU. Sul rapporto tra tale giurisprudenza e le sentenze della Corte di giustizia nei casi *FMS* (sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C-924 e 925/19 PPU) e *Commissione c. Ungheria* (sentenza del 17 dicembre 2020, causa C-808/18), cfr. G. CORNELISSE, *The Pact and Detention: An Empty Promise of 'certainty, clarity and decent conditions'*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 6 January 2021; J. VEDSTED-HANSEN, *Border Procedure: Efficient Examination or Restricted Access to Protection?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 18 December 2020.

⁵⁵ Cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 luglio 2014, n. 19113/09, *Senigo Longue e al. c. Francia*, par. 67. V. altresì le sentenze del 28 febbraio 2019, n. 12267/16, *Khan c. Francia*; del 13 giugno 2019, n. 14165/16, *Sh.D. e al. c. Grecia e al.*

⁵⁶ La Corte ha infatti sottolineato che l'allontanamento del rifugiato presuppone in generale il previo accertamento che questi riceva effettivamente dalle pubbliche autorità del paese di destinazione la protezione garantita dal diritto dell'Unione a coloro cui è riconosciuto lo *status*. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 2021, causa C-255/19, *OA*, sulla cessazione dello *status* di rifugiato.

⁵⁷ Cfr. gli articoli 24 e 31 della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione).

⁵⁸ Cfr. l'art. 10, par. 3, della direttiva 2003/86/CE.

⁵⁹ Sulla natura dichiarativa dello *status* di rifugiato cfr., *mutatis mutandis*, la sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, 77 e 78/17, *M. e X.X.*, punto 99 ss., su cui F. CASOLARI, *La qualità di rifugiato al vaglio della Corte di giustizia*

durali eccessivi e sproporzionati. Conseguentemente, il raggiungimento della maggiore età in pendenza della decisione sulla domanda d'asilo non incide sul diritto del minore rifugiato di presentare un'istanza di ricongiungimento dopo il riconoscimento dello *status* di protezione internazionale⁶⁰. Analogamente, il rispetto del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, di cui all'art. 47 della Carta, osta alla dichiarazione d'irricevibilità del ricorso avverso il rigetto dell'istanza di ricongiungimento familiare del figlio minore, motivata dal compimento della maggiore età dello stesso nelle more del procedimento giurisdizionale⁶¹. Né le autorità nazionali possono rigettare la domanda di ricongiungimento di un minore, che non è figlio biologico del richiedente, per il solo fatto che questi non sia in grado di produrre documenti ufficiali attestanti il decesso dei genitori del minore, ove sussistano comprovati legami parentali⁶².

3. Prima della *Brexit*, il diritto all'unità familiare dei richiedenti asilo nel Regno Unito è stato garantito prevalentemente attraverso il regolamento Dublino III, nel cui ambito (come noto) a tale diritto è legato il criterio di determinazione dello Stato membro competente all'esame della domanda d'asilo al quale è riconosciuta preminenza⁶³. Ancorché il Regno Unito abbia goduto sin dal Trattato di Amsterdam di uno *status* differenziato⁶⁴, che ne ha limitato la partecipazione allo Spazio di libertà, sicurezza e giu-

dell'Unione europea: *i diritti dei beneficiari di protezione internazionale tra "Ginevra" e "Lisbona"*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 671 ss.

⁶⁰ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 12 aprile 2018, causa C-550/16, *A e S*, punti 55-60, 64, su cui v. S. PEERS, *Childhood's End? The Court of Justice Upholds Unaccompanied Child Refugees' Right to Family Reunion*, in *EU Law Analysis*, 13 April 2018; K. GROENENDIJK, E. GUILD, *Children are Entitled to Family Reunification with their Parents C-550/16 A & S Court of Justice of the European Union*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 26 April 2018; S. BARTOLINI, *The Right to Family Reunification of Unaccompanied Minor Asylum Seekers before the Court of Justice of the EU*, in *European Law Blog*, 7 May 2018.

⁶¹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2020, cause riunite C-133, 136 e 137/19, *B.M.M. e al. c. Belgio*.

⁶² Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2019, causa C-635/17, *E*.

⁶³ Cfr. gli articoli 8-11 del regolamento Dublino III.

⁶⁴ Cfr. il protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ai sensi del quale il Regno Unito ha potuto notificare la propria decisione di partecipare all'adozione di proposte legislative (art. 3) o all'attuazione di atti (art. 4) adottati a norma del titolo V TFUE. Sulle condizioni per l'applicazione del protocollo, cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, causa C-77/05, *Regno Unito c. Consiglio*, punti 62-67, e causa C-137/05, *Regno Unito c. Consiglio*, EU:C:2007:805, punto 55. In tema, A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, 2017, p. 155 ss.

stizia (SLSG) e, segnatamente, alla seconda fase di armonizzazione del Sistema europeo comune d'asilo (SECA)⁶⁵, l'accettazione degli obblighi conseguenti alla rifusione del regolamento di Dublino e del sistema Eurodac ha, infatti, implicato il godimento di condizioni di ricongiungimento più garantiste di quelle previste dalla legislazione britannica, soprattutto per i minori non accompagnati.

In relazione a questi ultimi, il valore aggiunto della partecipazione al sistema di Dublino ha riguardato, in particolare, due aspetti: l'espansione dell'ambito di applicazione soggettivo del diritto all'unità familiare e il rafforzamento delle garanzie procedurali e del diritto di difesa ad esso connessi. Quanto all'aspetto sostanziale, la legislazione britannica prevede, infatti, soltanto il ricongiungimento del figlio al genitore "rifugiato" (e non anche "richiedente asilo") e richiede, oltre al requisito della minore età (che deve sussistere al momento della decisione *finale* sulla domanda), la dimostrazione che il minore non conduca vita autonoma, non sia sposato e non abbia formato una propria famiglia⁶⁶. Inoltre, le regole sull'immigrazione non disciplinano il ricongiungimento familiare per i minori stranieri non accompagnati legalmente presenti nel Regno Unito con parenti (genitori, fratelli, nonni, zii) in uno Stato UE. A tali minori è lasciata la sola opzione di esperire forme di protezione umanitaria, la cui concessione è rimessa integralmente all'autorità competente (l'*Entry Clearance Officer*), che statuisce sulla base degli elementi di prova forniti dal minore dell'esistenza di "exceptional circumstances or compassionate factors"⁶⁷. Le prime risultano integrate allorché il diniego del ricongiungimento si ponga in contrasto con l'art. 8 CEDU⁶⁸; i secondi sono connessi a elementi della fattispecie la cui mancata

⁶⁵ Il Regno Unito, infatti, non ha esercitato il diritto di *opting in* per gli atti di rifusione delle direttive sulle qualifiche (2011/95), sulle procedure (2013/32) e sulle condizioni di accoglienza (2013/33), restando vincolato agli atti recanti norme minime, adottati durante la prima fase del SECA (cfr. rispettivamente le direttive 2004/83/CE, 2005/85/CE e 2003/9/CE). Inoltre, il Regno Unito non ha partecipato all'adozione e all'attuazione della direttiva 2003/86/CE, in materia di ricongiungimento familiare. Sui limiti della partecipazione del Regno Unito al SECA v. *amplius* House of Lords, European Union Committee, *Brexit: Refugee Protection and Asylum Policy*, HL Paper 428, 11 October 2019, p. 10 ss.

⁶⁶ Cfr. UK Immigration Rules [HC 395 of 1993-4 as amended], Part 11 (Asylum), par. 352D.

⁶⁷ UK Home Office, *Family Reunion: For Refugees and Those with Humanitarian Protection. Version 5.0*, 31 December 2020, p. 19. Più in generale, sul rilievo dell'art. 8 CEDU nel bilanciamento tra il diritto all'unità familiare e gli interessi statali al governo delle migrazioni cfr. UK Immigration Rules, Appendix FM (Family members), par. GEN.3.1 ss.

⁶⁸ Cfr. sul ricorso all'art. 8 CEDU per garantire il diritto all'unità familiare dei minori rifugiati nel Regno Unito, nei casi in cui non si applicano le regole sull'immigrazione: UK Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), *AT and another (Article 8 ECHR – Child Refugee – Family Reunification: Eritrea)* [2016] UKUT 227 (IAC).

valutazione renderebbe sproporzionata la decisione di negare il ricongiungimento, tenuto conto del superiore interesse del bambino⁶⁹. Sulle medesime basi avviene altresì la ponderazione della gran parte delle richieste di ricongiungimento di minori privi di legami biologici con uno *sponsor* nel Regno Unito, a condizione che questi possa dimostrare la sussistenza dei requisiti applicabili nel caso di adozione *de facto*⁷⁰.

La circostanza che lo *sponsor* debba dimostrare la condizione di dipendenza giuridica del minore di cui chiede il ricongiungimento esclude, altresì, la rilevanza di situazioni di dipendenza “di fatto”, come quella che può sussistere tra fratelli maggiori e fratelli minori, divenuti orfani in seguito agli eventi in conseguenza dei quali i primi hanno ottenuto lo *status* di rifugiato nel Regno Unito. Queste situazioni, come quelle in cui i legami familiari si siano formati in un momento successivo alla fuga dal Paese di origine⁷¹, avevano trovato accomodamento mediante il ricorso agli articoli 8, 9, 10 e 17 del regolamento di Dublino⁷², letti alla luce degli obblighi internazionali derivanti dall'art. 8 CEDU⁷³.

Anche in relazione agli aspetti procedurali e alle condizioni di acco-

⁶⁹ Tale principio è codificato nel Borders, Citizenship and Immigration Act 2009, Section 55 (Duty regarding the welfare of children), su cui v. UK Supreme Court, *R (on the application of SG and others) v Secretary of State for Work and Pensions* [2015] UKSC 16, par. 215 (Lady Hale).

⁷⁰ Sui limiti applicativi delle regole sull'immigrazione ai casi di adozione *de facto*, laddove il minore non presenti domanda contestualmente al genitore adottivo, e non sia dunque presente nel Regno Unito al momento dell'accertamento dello *status* di quest'ultimo, cfr. UK Immigration Rules, Part 8 (Family members), par. 319X.

⁷¹ Il diritto britannico esclude, infatti, il ricongiungimento dei minori nati dopo la fuga dal paese d'origine, a meno che non siano stati concepiti prima di tale momento, circostanza che spetta al genitore dimostrare. Cfr. UK Home Office, *Asylum Policy Instruction. Dependents and Former Dependents. Version 2.0*, May 2014, p. 9 ss.

⁷² In particolare, l'art. 8 estende il diritto al ricongiungimento del minore con i fratelli, i nonni e gli zii legalmente presenti in un altro Stato membro, posto che il trasferimento sia nel superiore interesse del minore. Inoltre, gli articoli 9 e 10 coprono l'ipotesi di ricongiungimento del familiare con il minore non accompagnato richiedente asilo o rifugiato e ricomprendono nella definizione di “legami familiari” anche quei legami che si sono formati in un momento successivo alla fuga dallo Stato di origine. L'art. 17, invece, contiene la c.d. “clausola umanitaria”, sul cui utilizzo nel Regno Unito cfr. UK Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), *R (on the application of AM (a child by his litigation friend OA and OA) v Secretary of State for the Home Department* [2017] UKUT 262 (IAC), par. 72 ss.; *R (on the application of RSM and Another) v Secretary of State for the Home Department* [2017] UKUT 124 (IAC), par. 42 ss., ove si sottolineano, in particolare, i limiti alla discrezionalità statale nel determinare le condizioni di ricorso a tale clausola a fini di ricongiungimento.

⁷³ Sulla portata di tali obblighi, nella giurisprudenza britannica, cfr. UK House of Lords (Judicial Committee), *Chikwamba (FC) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 40.

ggenza, l'applicazione di tale atto⁷⁴, e delle direttive della prima fase del SECA⁷⁵, ha contribuito a mitigare un regime della prova particolarmente restrittivo⁷⁶ e ambiguo⁷⁷, unito a insoddisfacenti condizioni di assistenza legale⁷⁸. La previsione di termini chiari per la presa in carico, la tutela dei diritti della difesa⁷⁹, l'espressa statuizione di un diritto di rimanere nelle more delle procedure d'asilo e, soprattutto, l'obbligo positivo delle autorità nazionali di favorire lo scambio di informazioni sui legami familiari del minore⁸⁰ hanno, invero, svolto una funzione integrativa e interpretativa della legislazione nazionale, garantendo ai minori stranieri non accompagnati nel Regno Unito (o con parenti in tale Stato) un lasciapassare ai fini del ricongiungimento familiare⁸¹.

Peraltro, si deve notare che la mancata partecipazione alla seconda fase del SECA da parte del Regno Unito non ha precluso alle corti britanniche di utilizzare la legislazione europea di rifusione in materia d'asilo come parametro di interpretazione degli obblighi derivanti dalle direttive della prima fase⁸². Come recentemente riconosciuto dalla Corte di giustizia in

⁷⁴ Cfr. il capo VI del regolamento Dublino III.

⁷⁵ Sulla tutela del minore non accompagnato nell'ambito del SECA v. *supra*, par. 2.

⁷⁶ Sugli oneri probatori relativi al legame filiale, e in particolare sul ricorso al *test* del DNA, cfr. UK Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), *The Queen on the application of MK, IK (a child by his litigation friend MK) and HK (a child by her litigation friend MK) v Secretary of State for the Home Department* [2016] IJR 2471, in cui (tra l'altro) viene sanzionata la passività delle autorità britanniche nel rintracciare i legami familiari in base al regolamento di Dublino.

⁷⁷ House of Lords, Select Committee on the European Union Home Affairs Subcommittee, *Oral Evidence – Brexit: Future UK-EU Asylum Co-operation*, 12 June 2019, Q13 (Lord Dubs).

⁷⁸ Rilevano, in particolare, i limiti al gratuito patrocinio per i rifugiati, introdotti dal Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012. Cfr. sul punto UK Parliament, Joint Select Committee on Human Rights, *Tenth Report of Session 2017–19: Enforcing Human Rights*, 19 July 2018, par. 3.

⁷⁹ Sul ricorso all'art. 47 della Carta in materia di immigrazione cfr. ad es. UK Court of Appeal (Civil Division), *AZ (Syria) v Secretary of State for the Home Department* [2017] EWCA Civ 35, dove si applica il *test* utilizzato nella sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2013, causa C-300/11, ZZ, in materia di libera circolazione dei cittadini europei (in specie si trattava di un cittadino franco-algerino, con doppia cittadinanza).

⁸⁰ Cfr. in tal senso UK Court of Appeal (England and Wales), *KA (Afghanistan) and others v Secretary of State for the Home Department* [2012] EWCA Civ 1014; *EU (Afghanistan) and others v Secretary of State for the Home Department* [2013] EWCA Civ 32.

⁸¹ Cfr. S. PEERS, *The Dublin Regulation: Is the End Night? Where should Unaccompanied Children Apply For Asylum?*, in *EU Law Analysis*, 21 January 2016.

⁸² Cfr. ad es. UK High Court (England and Wales), *R (Tabrizagh and Others) v Secretary of State for the Home Department* [2014] EWHC 1914, par. 123; UK Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), *R (on the application of ZAT and Others) v Secretary of State for the Home Department* [2016] UKUT 61, par. 45 ss.

relazione alla posizione dell'Irlanda ai sensi del Protocollo n. 21 allegato ai Trattati, l'approccio sistematico-teleologico impone, infatti, al giudice nazionale di considerare gli atti alla cui adozione lo Stato membro con *status* differenziato non ha partecipato alla stregua di "elementi del contesto pertinenti e necessari"⁸³ al fine di stabilire il significato e la portata degli atti vincolanti per tale Stato, appartenenti al medesimo *corpus iuris*. Questa esegesi è stata anticipata dai giudici britannici, che vi hanno fatto ricorso per temperare i limiti di tutela derivanti dalle direttive recanti "norme minime"⁸⁴. Questo è avvenuto, ad esempio, con riferimento alla disposizione della direttiva procedure del 2005 sul ricorso alle procedure di frontiera per i minori non accompagnati⁸⁵, che è stata letta alla luce dell'impianto più garantista dell'atto di rifusione⁸⁶.

In seguito al perfezionamento del recesso del Regno Unito dall'Unione, e fallito il tentativo di concludere un accordo in materia durante il periodo transitorio, questo complesso sistema di tutela dei minori non accompagnati, frutto dell'attuazione del diritto dell'Unione, ma anche e soprattutto del dialogo tra le corti britanniche e la Corte di giustizia, ha perso il suo asse portante. Il regolamento di Dublino, infatti, figura espressamente tra gli atti abrogati in conseguenza della *Brexit*⁸⁷. La normativa britannica di attuazione delle direttive della prima fase del SECA, invece, resta in vigore in virtù della previsione, nell'atto di recesso, che il diritto britannico "derivato" dall'appartenenza all'Unione continua a esplicare i propri effetti nell'ordinamento interno⁸⁸. Tuttavia, sganciata dalla fonte da cui ha tratto origine e forza, tale normativa è esposta alla libera determinazione del legi-

⁸³ Sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 2021, cause riunite C-322 e 385/19, *K.S., M.H.K.*, punto 58.

⁸⁴ Sulla nozione di "norme minime" cfr., ancorché in un diverso ambito materiale, la sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio*, punti 17 e 56.

⁸⁵ Cfr. l'art. 35 della direttiva 2005/85/CE, che subordina il ricorso a tali procedure alla sola nomina di un rappresentante.

⁸⁶ Il riferimento, nel caso di specie, è all'art. 25, par. 6, lett. b), della direttiva 2013/32/UE, che circoscrive significativamente il ricorso alle procedure di frontiera per i minori non accompagnati, sia dal punto di vista sostanziale che procedurale, imponendo (tra l'altro) alle autorità competenti di tenere conto dei bisogni particolari dei minori non accompagnati.

⁸⁷ Immigration, Nationality and Asylum (EU Exit) Regulations 2019 [HC 745 of 2019], Part 2 (Revocations related to asylum), par. 3, lett. g).

⁸⁸ Cfr. l'art. 2, par. 1, dell'European Union (Withdrawal) Act 2018, come mod. dall'European Union (Withdrawal) Act 2020. Sull'ambito di applicazione del c.d. "*retained EU law*" cfr. J. WILLIAMS, *Retained EU Law: A Guide for the Perplexed*, in *EU Relations Law*, 28 December 2020; P. ELEFTHERIADIS, *Eleven Types of Post-Brexit EU Law*, in *Oxford Business Law Blog*, 8 January 2021.

slatore britannico quanto alla sua stessa sopravvivenza nell'ordinamento⁸⁹; e, a ben guardare, non è affatto improbabile che essa subisca modifiche “a ribasso” o sia addirittura abrogata, ove si considerino gli orientamenti dell'attuale maggioranza parlamentare in materia di immigrazione e asilo⁹⁰.

Al contempo, lo smantellamento del sistema di asilo edificato sulla base della normativa di attuazione del diritto dell'Unione potrebbe travolgere anche altri strumenti interni di *relocation* e *resettlement* a favore dei minori non accompagnati⁹¹. Ci riferiamo, in particolare, alla sezione 67 dell'*Immigration Act 2016*, nota come “emendamento Dubs”⁹², in virtù della quale il Regno Unito ha assunto l'impegno a farsi carico di una quota di minori non accompagnati presenti in Europa e, precisamente, nel territorio francese di Calais, in Italia e in Grecia⁹³. Il trasferimento dei minori è avvenuto sulla base di intese bilaterali con tali Stati membri, che sono state inquadrare nella cornice cooperativa del sistema di Dublino⁹⁴, prevedendo il distacco di funzionari di collegamento nelle “unità Dublino” greca e italiana e l'invio di un esperto presso il Ministero dell'Interno francese. La loro prosecuzione e i termini della stessa appaiono, dunque, rimessi alla valutazione degli Stati *partner*, che non potranno prescindere dalla nuova

⁸⁹ S. ALEGRE, D. BIGO, E. GUILD, E. MENDOS KUSKONMAZ, H. BEN JAFFEL, J. JEANDESBOZM, I. KUBLER, *The Implications of the United Kingdom's Withdrawal from the European Union for the Area of Freedom, Security and Justice, Study requested by the LIBE Committee*, PE 596.824, December 2017.

⁹⁰ Sul punto si rinvia *infra*, par. 6.

⁹¹ Per una panoramica di tali strumenti si rinvia a M. GOWER, T. MCGUINNESS, *The UK's Refugee Family Reunion Rules: Striking the Right Balance?*, House of Commons Briefing Paper 7511, 28 November 2016, p. 17 ss.

⁹² L'emendamento è stato proposto da Lord Dubs al fine di introdurre uno schema di *relocation* dei minori non accompagnati presenti in Europa, adottato su base volontaria e unilaterale dal Regno Unito e destinato prevalentemente ai minori vulnerabili e privi di legami familiari (quindi non trasferibili in base all'art. 8 del regolamento di Dublino), sia che abbiano presentato domanda d'asilo nello Stato membro dal quale avviene il trasferimento che nel caso in cui non si tratti di richiedenti asilo. Sul punto si rinvia a UK Government, *Policy Statement: Section 67 of the Immigration Act 2016*, 10 March 2017 (agg. 2020).

⁹³ Su tali intese e sulle altre relazioni bilaterali sviluppate dal Regno Unito nella cornice della cooperazione di Dublino cfr. M. GOWER, T. MCGUINNESS, *The UK's Refugee Family Reunion Rules: A “Comprehensive Framework”?*, House of Commons Briefing Paper 7511, 27 March 2020, p. 16.

⁹⁴ Cfr. UK Upper Tribunal, *R (on the application of RSM and Another)*, cit., par. 28, ove si richiama il *policy paper* dell'Home Office: *Immigration Act 2016 Fact Sheet – Unaccompanied Refugee Children (Section 67)*, del luglio 2016, il cui il Governo affermava: “We expect the Dublin Regulation will provide the legal framework for the transfer from other European Countries of many of the cases that fall under the [Dubs amendment]”. Curiosamente, nella versione aggiornata del documento (cit. *supra*, nota 92) non vi è più alcun riferimento al regolamento di Dublino.

configurazione delle relazioni tra il Regno Unito e l'Unione e dall'assenza di un accordo quadro, a livello sovranazionale, che raccolga l'eredità della cooperazione di Dublino⁹⁵.

4. La principale opzione negoziale per continuare a garantire una tutela effettiva del diritto all'unità familiare dei minori non accompagnati, anche dopo la *Brexit*, è sembrata essere, almeno in una prima fase, la conclusione di un apposito accordo con l'Unione, che prevedesse, su basi reciproche, il trasferimento dei minori a fini di ricongiungimento e nel rispetto del loro superiore interesse. La sezione 17 dell'*European Union (Withdrawal) Act 2018* rifletteva l'impegno del Governo britannico a negoziare⁹⁶, concretizzatosi nella preparazione di una bozza di accordo reso noto nel maggio del 2020⁹⁷. A parte la diluizione dell'impegno assunto, avvenuta mediante l'emendamento dell'atto di recesso, che ha sostituito l'obbligo *de contrahendo* con un più generico dovere del Governo di riferire in Parlamento sugli sviluppi del negoziato tra Regno Unito e Unione in materia di minori non accompagnati⁹⁸, la vicenda della bozza di accordo del maggio 2020 è significativa per almeno altri due profili.

Il primo è inerente ai limiti del mandato della *Task Force* della Commissione per le relazioni col Regno Unito e alla pretesa indisponibilità dell'Unione a negoziare. Su tale questione, il Governo britannico ha sostenuto che il mandato della Commissione, stabilito con decisione di autorizzazione del Consiglio del febbraio 2020⁹⁹, fosse piuttosto "fluidò" e passi-

⁹⁵ V. *infra*, par. 5.

⁹⁶ *European Union (Withdrawal) Act 2018*, Section 17, par. 1: "A Minister of the Crown must seek to negotiate, on behalf of the United Kingdom, an agreement with the EU under which, after the United Kingdom's withdrawal from the EU, in accordance with the agreement – (a) an unaccompanied child who has made an application for international protection to a member State may, if it is in the child's best interests, come to the United Kingdom to join a relative who – (i) is a lawful resident of the United Kingdom, or (ii) has made a protection claim which has not been decided, and (b) an unaccompanied child in the United Kingdom, who has made a protection claim, may go to a member State to join a relative there, in equivalent circumstances". La sezione 17 era stata introdotta nel testo dell'atto di recesso mediante l'emendamento n. 59, proposto da Lord Dubs.

⁹⁷ V. *supra*, nota 13.

⁹⁸ Cfr. la sezione 37 dell'*European Union (Withdrawal) Act 2020*, che modifica la sez. 17(1) prevedendo l'impegno dell'Esecutivo a formulare dinanzi al Parlamento "a statement of policy in relation to any future arrangements between the United Kingdom and the EU". Sull'acceso dibattito parlamentare che ha accompagnato l'emendamento cfr. M. GOWER, T. MCGUINNESS, *The UK's Refugee Family Reunion Rules: A "Comprehensive Framework"?*, cit., pp. 18 e 19.

⁹⁹ Decisione (UE, Euratom) 2020/266 del Consiglio del 25 febbraio 2020 che autorizza l'avvio di negoziati con il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord per un nuovo accordo di partenariato.

bile di revisione periodica¹⁰⁰, scaricando, su tali basi, la responsabilità della mancata conclusione di un accordo sui minori non accompagnati sulla controparte. Così facendo, il Governo britannico ha finito però per richiamare l'attenzione del Parlamento e dell'opinione pubblica sui contenuti del mandato a negoziare, che – riflettendo quelli della dichiarazione politica sul quadro delle future relazioni UK-UE¹⁰¹ – si limitano a prevedere l'instaurazione di *partnership* sul contrasto dell'immigrazione irregolare, ma nulla dicono in materia di minori non accompagnati¹⁰². È pertanto singolare che nell'approccio “aggiornato” alle future relazioni¹⁰³ il Governo britannico abbia reiterato “*a specific commitment to seek to negotiate a reciprocal agreement for family reunion of unaccompanied children seeking asylum in either the EU or the UK, with specified family members in the UK or the EU, where this is in the child's best interests*”¹⁰⁴. L'impegno, infatti, non è stato assunto nei confronti dell'Unione, altrimenti ve ne sarebbe stata traccia nel mandato a negoziare e, ancor prima, nella dichiarazione politica. Deve ritenersi, piuttosto, che l'impegno sia stato assunto in via preventiva e unilaterale dal Governo nei confronti del Parlamento britannico e che sia privo di qualsiasi rilevanza esterna¹⁰⁵, sicché non stupisce che non sia stato “preso sul serio” dalla Commissione.

Peraltro, la pretesa “fluidità” del mandato di quest'ultima si scontra con la rigidità della procedura di conclusione degli accordi dell'Unione, prevista dai Trattati come norma generale a carattere costituzionale¹⁰⁶, che riflette il *volet* esterno del principio dell'equilibrio istituzionale¹⁰⁷, deli-

¹⁰⁰ Cfr. *Corrected Oral Evidence: Brexit: Future UK-EU Co-operation on Asylum and International Protection*, 29 September 2020, cit., Q27 (Chris Philp MP), dove il Ministro dell'immigrazione ha affermato che il mandato della Commissione “is not set in stone or frozen in aspic. It can be changed dynamically”.

¹⁰¹ V. *supra*, nota 6.

¹⁰² Cfr. la nota del Segretariato generale del Consiglio alle delegazioni del 25 febbraio 2020, *Annex to Council Decision authorising the opening of negotiations with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for a new partnership agreement*, doc. 5870/20, ADD 1 REV 3, punto 145.

¹⁰³ V. *supra*, nota 14.

¹⁰⁴ *Ibid.* (corsivo aggiunto).

¹⁰⁵ Se ne trae, peraltro, conferma dal verbale dell'interrogazione parlamentare del Ministro dell'immigrazione del 29 settembre 2020, *Corrected Oral Evidence: Brexit: Future UK-EU Co-operation on Asylum and International Protection*, cit., Q28 (Chris Philp MP).

¹⁰⁶ Sull'art. 218 TFUE, cfr. da ultimo J. HELISKOSKI, *The procedural law of international agreements: A thematic journey through Article 218 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 79 ss.

¹⁰⁷ Sulla dimensione “esterna” del principio dell'equilibrio istituzionale, di cui all'art. 13, par. 2, TUE, cfr. P. GARCÍA ANDRADE, *The Distribution of Powers Between EU Institutions for Conducting External Affairs through Non-Binding Instruments*, in *European Papers*, 2016, p. 115 ss.; R. A. WESSEL, “Soft” *International Agreements in EU External Relations*:

neando per la Commissione il ruolo di negoziatore che agisce previa autorizzazione del Consiglio. Ancorché il potere del Consiglio di formulare direttive di negoziato non possa essere interpretato estensivamente al punto da imporre al negoziatore posizioni di negoziato dettagliate e preconfezionate¹⁰⁸, neppure può ritenersi che la Commissione possa prescindere dalla decisione di autorizzazione a negoziare nella determinazione dei contenuti negoziali¹⁰⁹. Occorre, infatti, considerare che la competenza a concludere accordi dell'Unione spetta in via principale al Consiglio¹¹⁰, che la sua previa autorizzazione è necessaria finanche per concludere accordi non vincolanti e che non può essere dedotta in via interpretativa "adducendo che tale autorizzazione sarebbe insita in una posizione già espressa da quest'ultimo"¹¹¹.

Il secondo profilo di rilevanza della bozza di accordo sui minori non accompagnati riguarda ciò che il contenuto dell'accordo svela circa gli obiettivi e le finalità dell'accordo stesso. È, a tal proposito, significativo che la bozza si apra con un richiamo al comune impegno del Regno Unito e dell'Unione "to maintain and strengthen their co-operation in order to combat illegal migration more effectively"¹¹². Il governo dei flussi di minori non accompagnati, dunque, è inteso principalmente come mezzo per contrastare più efficacemente l'immigrazione "illegale". Pertanto, la bozza di accordo presenta un ambito di applicazione personale assai ridotto, che copre i soli minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo e adotta una nozione restrittiva di "membro della famiglia", che esclude i legami familiari sviluppatasi durante la fuga dal Paese d'origine¹¹³.

Inoltre, in luogo dei criteri gerarchici previsti dal regolamento di Dublino per la determinazione dello Stato competente all'esame della domanda del minore, la bozza di accordo affida la decisione di trasferimento del

Pragmatism over Principles?, Draft paper presented at the ECPR SGEU Conference, Paris, 13-15 June 2018, reperibile *online*.

¹⁰⁸ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2015, causa C-425/13, *Commissione e Parlamento europeo c. Consiglio*, punto 90.

¹⁰⁹ Cfr. sul punto House of Lords, Select Committee on the European Union, *Corrected Oral Evidence: Discussion of the Government's Draft Agreement on the Transfer of Unaccompanied Asylum-Seeking Children*, 7 July 2020, Q16 (Prof. Elspeth Guild): "There is no mandate for the Commission to negotiate this agreement with the EU unless it distorts out of all proportion the political agreement of October 2019".

¹¹⁰ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 9 agosto 1994, causa C-327/91, *Francia c. Commissione*, punto 28.

¹¹¹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2016, causa C-660/13, *Consiglio c. Commissione*, punto 43.

¹¹² Draft Working Text for an Agreement on the Transfer of Unaccompanied Asylum-Seeking Children, cit., *cons.* 1.

¹¹³ *Ivi*, art. 1.

minore che abbia legami familiari o parentali in un altro Stato parte alla valutazione discrezionale dello Stato nel quale il minore ha presentato la domanda d'asilo¹¹⁴. Non vengono fissati termini per il trasferimento, né regole procedurali volte a uniformare il trattamento delle richieste di ricongiungimento. Ma soprattutto, la bozza di accordo delinea una forma di cooperazione squisitamente intergovernativa, che nega espressamente il diritto del minore alla tutela giurisdizionale effettiva e, in particolare, il diritto di accesso al giudice e il diritto di agire in appello¹¹⁵. Precludendo qualsiasi possibilità al minore di invocare l'accordo dinanzi ai giudici interni, gli estensori della bozza hanno inteso trasmettere un segnale chiaro sul futuro della politica britannica in materia di asilo e, più in generale, sulle future relazioni con l'Unione. Esse si fonderanno sul possente argine che la *Brexit* intende porre alla penetrazione del diritto dell'Unione e, soprattutto, al c.d. “*magic triangle*” alla base della costituzione materiale dell'Unione¹¹⁶ e dal quale ha avuto origine quella “*incoming tide*” che Lord Denning aveva un tempo ritenuto indomabile¹¹⁷.

Nella bozza d'accordo sui minori, la sostanziale esautorazione dei giudici interni dal ruolo di garanti della corretta attuazione dell'intesa e di custodi dei diritti in essa contenuti è “bilanciata” dall'istituzione di un comitato congiunto, come organo titolare del potere di adottare decisioni vincolanti per le parti contraenti e di risolvere le controversie¹¹⁸. Si tratta di un arretramento di non poco conto, in specie ove si consideri l'attitudine delle

¹¹⁴ Ivi, articoli 4 e 6.

¹¹⁵ Ivi, art. 12, par. 1, che statuisce: “[n]othing in this Agreement shall be construed as conferring rights or imposing obligations on persons nor as permitting this Agreement to be directly invoked in the domestic legal systems of the Parties”.

¹¹⁶ Il riferimento è naturalmente al primato, all'effetto diretto del diritto dell'Unione e al rinvio pregiudiziale come tecnica di dialogo tra i livelli di tutela giurisdizionale. Su tale espressione, cfr. A. VAUCHEZ, *How to become a Transnational Elite. Lawyers' Politics at the Genesis of the European Communities (1950–1970)*, in H. PETERSEN, A.L. KJÆR, H. KRUNKE, M. RASK MADSEN (eds.), *Paradoxes of European Legal Integration*, Aldershot, 2008, p. 129 ss.

¹¹⁷ *HP Bulmer Ltd & Anor v J. Bollinger SA & Others* [1974] 2 All E.R. 1226, p. 1234 (Lord Denning): “But when we come to matters with a European element, the treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back. [...] Any rights or obligations created by the treaty are to be given legal effect in England without more ado. Any remedies or procedures provided by the treaty are to be made available here without being open to question”. V. altresì *Shields v E Coomes (Holdings) Ltd* [1979] 1 All ER 456, p. 462, in cui l'allegoria di Lord Denning assume toni decisamente più foschi, paragonando l'avanzata della dottrina dell'effetto diretto a un'onda anomala che travolge tutto, “[s]o much so that we have to learn to become amphibious if we wish to keep our heads above water”.

¹¹⁸ Draft Working Text for an Agreement on the Transfer of Unaccompanied Asylum-Seeking Children, cit., art. 11.

corti britanniche ad attingere a piene mani agli strumenti di tutela dei diritti umani fondamentali, messi a disposizione dall'ordinamento dell'Unione e dalla CEDU, per creare diritto.

Un esempio, per tutti, di tale attitudine è offerto dal noto caso *ZAT*, relativo a un'istanza di ricongiungimento di alcuni minori che si trovavano nella c.d. "giungla di Calais" in Francia con i propri fratelli, cui era stato riconosciuto lo *status* di rifugiato nel Regno Unito¹¹⁹. I minori presenti in Francia non avevano presentato domanda d'asilo nel tentativo di ottenere un lasciapassare diretto dal Regno Unito, aggirando le lungaggini della procedura di presa in carico prevista dal regolamento di Dublino e la prassi francese di limitare il trasferimento dei minori non accompagnati (anche in presenza di legami familiari). Il tribunale superiore (*Upper Tribunal*), investito della controversia avverso il diniego del c.d. *leave to enter*, si era pronunciato a favore dei ricorrenti, sostenendo la prevalenza degli obblighi derivanti dall'art. 8 CEDU nel bilanciamento con i legittimi interessi statali al rispetto delle procedure previste dal regolamento di Dublino¹²⁰. In questo modo, al costo di qualche forzatura interpretativa, era stato creato un nuovo canale di ingresso sicuro per i minori non accompagnati presenti a Calais.

Peraltro, in sede di ricorso dell'autorità resistente dinanzi alla Corte d'appello, la presunta antinomia tra CEDU e diritto dell'Unione era stata ricomposta alla luce della giurisprudenza di Lussemburgo nel caso *N.S.*¹²¹ e del principio di protezione equivalente, come riaffermato dalla Corte europea in *Avotiņš*¹²². Integrando e completando lo *standard* probatorio delineato dalla Corte suprema britannica in *EM (Eritrea)*¹²³, la decisione della Corte d'appello in *ZAT* ha, di fatto, precorso il riallineamento della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di effetti del principio di mu-

¹¹⁹ UK Court of Appeal (Civil Division), *Secretary of State for the Home Department (Appellant) v ZAT and Others (Respondents)* [2016] EWCA Civ 810.

¹²⁰ UK Upper Tribunal, *R (on the application of ZAT and Others) v Secretary of State for the Home Department*, cit.

¹²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, *N.S. e M.E.*, punto 83.

¹²² Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 maggio 2016, ric. 17502/07, *Avotiņš c. Lettonia*, par. 116.

¹²³ UK Supreme Court, *R (on the application of EM (Eritrea) v Secretary of State for the Home Department* [2014] UKSC 12, par. 58 (Lord Kerr of Tonnaghmore JSC), secondo cui il principio di fiducia reciproca, alla base della cooperazione di Dublino, non può ostare a una stringente applicazione del c.d. *Soering test*, che (come noto) impone di tener conto della situazione individuale dello straniero ai fini della valutazione dei rischi conseguenti al suo allontanamento e non può dirsi soddisfatto dall'applicazione di una presunzione di sicurezza del paese di destinazione che circoscriva il *risk assessment* all'esistenza di carenze sistemiche e generalizzate nell'ordinamento di tale paese.

tua fiducia sulla tutela dei diritti fondamentali, e in particolare dell'art. 4 della Carta¹²⁴, a quella di Strasburgo sulla protezione *par ricochet* nei c.d. "casi Dublino"¹²⁵. In questo modo, il fondamento del *safe passage* creato dall'Upper Tribunal è stato ricondotto a una lettura integrata delle garanzie per i minori previste dal regolamento di Dublino con la giurisprudenza della Corte europea *ex art. 8 CEDU*, da cui la Corte d'appello ha ricavato che per giustificare l'ammissione del minore in deroga alle procedure di Dublino "an especially compelling case under Article 8 [ECHR] would have to be demonstrated"¹²⁶.

La bozza di accordo sui minori non accompagnati pare ispirata dalla volontà politica di fare *tabula rasa* di questo precedente, dettando un'agenda diversa, in cui da soggetti in grado di invocare i propri diritti d'anziché a un giudice i minori non accompagnati sono retrocessi a oggetto di una tutela calata dall'alto e perciò stesso insindacabile. Quand'anche i propositi negoziali del Regno Unito non trovino realizzazione, com'è del tutto probabile, questo approccio rischia di far breccia nella legislazione primaria britannica, ridisegnando i confini della *rule of law* per le categorie più vulnerabili di stranieri, come i minori non accompagnati¹²⁷.

5. Una soluzione al vuoto di tutela dei minori non accompagnati, conseguente alla *Brexit*, è stata indicata dal Governo britannico mediante lo sviluppo di *partnership* con gli Stati membri dell'Unione. La prospettata "bilateralizzazione" del negoziato appare, nondimeno, l'ennesima mistificazione: un argomento da spendere per dimostrare al Parlamento e al Paese la buona fede dell'Esecutivo nella ricerca di soluzioni concertate al problema dei minori non accompagnati più che un'opzione negoziale realisticamente sul tappeto. Invero, come riconosciuto dallo stesso Ministro dell'immigrazione in un'interrogazione parlamentare del settembre 2020, "[t]here is a feeling in the continent that, where a Member State talks to us

¹²⁴ Cfr. in particolare la sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C.K. e al.*, punto 95, in relazione all'eccezionalità della situazione legata allo stato di salute individuale del richiedente asilo soggetto alla procedura di Dublino; nonché la sentenza del 19 marzo 2019, causa C-163/17, *Jawo*, punti 45 e 87, in cui l'obbligo di interrompere il trasferimento è stato ricondotto al rischio di estrema povertà cui sarebbe andato incontro il ricorrente.

¹²⁵ Il *leading case* è, come noto, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* e, con riferimento ai minori, la sentenza del 4 novembre 2014, ric. n. 29217/12, *Tarakbel c. Svizzera*.

¹²⁶ UK Court of Appeal, *Secretary of State for the Home Department (Appellant) v ZAT and Others (Respondents)*, cit., par. 80.

¹²⁷ Per simili rilievi, cfr. *Corrected Oral Evidence: Discussion of the Government's Draft Agreement on the Transfer of Unaccompanied Asylum-Seeking Children*, cit., Q22 (Prof. Elspeth Guild).

bilaterally, it is somehow not quite abiding by the rules of the club”¹²⁸. In realtà, quel *feeling* si basa su un fondamento ben più solido del generico rispetto per le “regole del club” e riconducibile al principio della *pre-emption*¹²⁹.

Nella misura in cui la cooperazione di Dublino rappresenta un ambito di competenza concorrente integralmente armonizzato, deve ritenersi che la relativa competenza esterna sia attratta nell'alveo delle competenze esclusive dell'Unione¹³⁰, con effetti preclusivi della conclusione di accordi bilaterali tra Stati membri e Stati terzi in materia di trasferimento dei richiedenti asilo. Certo, gli Stati membri potrebbero essere autorizzati dal Consiglio a concludere accordi bilaterali con il Regno Unito in materia di trasferimento di minori non accompagnati richiedenti asilo, mediante una procedura simile a quella prevista dalla decisione sulla conclusione dell'accordo di recesso per disciplinare situazioni molto specifiche, come quella dell'Irlanda del nord, delle zone di sovranità del Regno Unito a Cipro e di Gibilterra¹³¹. Tuttavia, è altamente improbabile che tale ipotesi si materializzi: non si vede, infatti, quale vantaggio negoziale potrebbero trarne gli Stati dell'Europa continentale e meridionale, tenuto conto, in particolare, della posizione geografica del Regno Unito che, nell'ipotesi di conclusione di intese bilaterali, gli consentirebbe di scaricare pressoché integralmente l'onere della prima accoglienza dei minori non accompagnati sugli Stati europei di prima linea¹³².

¹²⁸ *Corrected Oral Evidence: Brexit: Future UK-EU Co-operation on Asylum and International Protection*, cit., Q28 (Chris Philp MP).

¹²⁹ In argomento, per tutti, A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea: esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Napoli, 2013.

¹³⁰ Cfr. l'art. 3, par. 2, TFUE, su cui v. la sentenza della Corte di giustizia del 4 settembre 2014, causa C-114/12, *Commissione e Parlamento europeo c. Consiglio*, spec. il punto 73, ai sensi del quale: “il protocollo (n. 25) sull'esercizio della competenza concorrente [...] riguarda unicamente, come emerge dal suo tenore letterale, l'articolo 2, paragrafo 2, TFUE, e non l'articolo 3, paragrafo 2, TFUE. Esso mira quindi a precisare la portata dell'esercizio da parte dell'Unione di una competenza concorrente con gli Stati membri attribuitale dai Trattati, e non a limitare la portata della competenza esterna esclusiva dell'Unione nelle ipotesi previste dall'articolo 3, paragrafo 2, TFUE”. Peraltro, la competenza dell'Unione in questo ambito materiale non si ricava solo implicitamente dall'esercizio della competenza interna, ma è altresì espressamente prevista all'art. 78, par. 1, lett. g), TFUE, ai sensi del quale il SECA include misure di partenariato e cooperazione con paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo.

¹³¹ Decisione (UE) 2020/135 del Consiglio del 30 gennaio 2020 relativa alla conclusione dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, *cons.* 12 e art. 4.

¹³² Tale discorso può essere esteso a qualsiasi intesa bilaterale in materia di asilo, non solo con gli Stati membri dell'Unione, ma altresì con i paesi terzi di transito. Sul contrasto

Appare altresì improbabile che il Regno Unito aderisca alla Convenzione di Dublino del 1990. Ancorché a tale soluzione non ostino impedimenti giuridico-formali, trattandosi di un trattato internazionale “aperto”, si deve considerare che gli Stati terzi che attualmente ne fanno parte – Norvegia, Islanda, Svizzera e Liechtenstein – godono di un regime di associazione alla cooperazione Schengen¹³³, che estende a tali Stati le regole sulla libera circolazione delle persone e sull’abolizione dei controlli alle frontiere interne. In altri termini, la partecipazione al sistema di Dublino di tali Stati terzi costituisce un “pacchetto unico” con l’associazione al *club* di Schengen¹³⁴. Per il Regno Unito, invece, dovrebbe essere previsto un regime speciale di associazione alla cooperazione di Dublino che prescindendo dalla partecipazione a Schengen, circostanza che – anche alla luce delle riflessioni già svolte sulla collocazione geografica di tale Stato terzo – rende di palmare evidenza l’infattibilità politica di una simile soluzione.

Inoltre, se già di per sé l’idea che il Regno Unito possa negoziare intese bilaterali con gli Stati membri o assumere obblighi multilaterali sul piano del diritto internazionale, mediante la partecipazione alla convenzione di Dublino, appare “astonishingly naive”¹³⁵, essa diventa del tutto inconsistente ove la si ponga in prospettiva. Se dovesse realizzarsi la riforma del c.d. “pacchetto asilo”, secondo le linee guida indicate dalla Commissione nel nuovo patto del settembre 2020¹³⁶, vi sarebbero ulteriori ostacoli (procedurali e sostanziali) all’ipotetica conclusione di intese bilaterali o multilaterali tra Stati membri e Regno Unito sul trasferimento dei minori non accompagnati. La proposta di riforma “rimpiazza”, infatti, il regolamento di Dublino con un nuovo regolamento sulla gestione dell’asilo e della migrazione¹³⁷,

tra la posizione del Segretario di Stato, Priti Patel, e il precedente Home Secretary, Lord David Blunkett, secondo il quale non c’è “a ‘cat’s chance in hell’ that the UK would manage to secure bilateral returns deals with EU nations” cfr. M. BULMAN, *Patel’s Plans to Deport Asylum Seekers to EU Won’t Work, Says Blunkett*, in *The Independent*, 28 March 2021.

¹³³ Su tale regime di associazione, A. TIZZANO, *A proposito dell’inserzione dell’acquis di Schengen nei trattati comunitari: l’Accordo “del Consiglio” con l’Islanda e la Norvegia*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 1999, p. 521 ss.; B. PIRKER, A. EPINEY, *The Integration of Switzerland into the Framework of EU Law by Means of the Bilateral Agreements*, in P.C. MÜLLER-GRAFF, O. MESTAD (eds.), *The Rising Complexity of European Law*, Berlin, 2014, p. 39 ss.

¹³⁴ Sul punto v. S. PEERS, *UKIP Borders and Asylum Policy: You cannot be Serious*, in *LSE Blog*, 29 September 2014.

¹³⁵ Così, *Corrected Oral Evidence: Discussion of the Government’s Draft Agreement on the Transfer of Unaccompanied Asylum-Seeking Children*, cit., Q17 (Prof. Elspeth Guild).

¹³⁶ Cfr. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo*, COM(2020) 609 final, 23 settembre 2020.

¹³⁷ COM(2020) 610 final, cit. *supra* nota 34.

che si fonda sulla fusione delle politiche di immigrazione, asilo e gestione delle frontiere, rendendo sostanzialmente imprescindibile la partecipazione alla cooperazione Schengen ai fini del corretto funzionamento del SECA.

Inoltre, tale proposta introduce nuovi meccanismi di solidarietà che consentono agli Stati membri di optare per soluzioni alternative di ripartizione delle responsabilità, ma escludono che essi possano sottrarsi *in toto* alla condivisione degli oneri dell'asilo¹³⁸. In questa cornice, le garanzie procedurali per i minori non accompagnati si moltiplicano e, al fine di garantire che il loro ricongiungimento familiare avvenga su basi prioritarie, la proposta prevede appositi incentivi finanziari, gravanti sul bilancio dell'Unione¹³⁹. Un'integrazione parziale in questo meccanismo, basata su un approccio "*cherry-picking*" – come quello auspicato dal Regno Unito e riflesso nei contenuti della bozza di accordo del maggio 2020 – sarebbe, dunque, giuridicamente inammissibile, soprattutto laddove andasse a sottrarre al dialogo tra la Corte di giustizia e le giurisdizioni degli Stati membri questioni relative all'interpretazione e all'applicazione del diritto dell'Unione¹⁴⁰.

6. Tre sono quindi le ipotesi prospettate dal Regno Unito per risolvere il problema dei minori non accompagnati con familiari o parenti nel Regno Unito: un accordo quadro con l'intera Unione, accordi bilaterali con singoli Stati membri ovvero "la terza via", solitaria, del rafforzamento degli strumenti interni di *resettlement* al fine di aprire nuove vie legali di accesso al territorio statale direttamente dalle zone di conflitto e di transito extraeuropee. Da quanto precede si ricava, però, che solo questa terza via è, per il momento, fattivamente percorribile. E, infatti, nella dichiarazione sulle vie legali di accesso alla protezione internazionale nel Regno Unito, presentata dal Governo britannico al Parlamento nel febbraio 2021¹⁴¹,

¹³⁸ Ivi, art. 45 ss.

¹³⁹ Ivi, paragrafi 3.4 e 4 della relazione esplicativa.

¹⁴⁰ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, su cui v. K. LENAERTS, *The Autonomy of European Union Law*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, I, Bari, 2020, p. 3 ss., p. 8. Sulla centralità del rinvio pregiudiziale nell'assetto costituzionale dell'ordinamento dell'Unione, cfr. A. ADINOLFI, *I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale*, ivi, p. 15 ss., p. 25.

¹⁴¹ La dichiarazione, cit. *supra* alla nota 16, è stata presentata al Parlamento britannico in ossequio all'Immigration and Social Security Co-ordination (EU Withdrawal) Act 2020, Part I (Measures relating to ending free movement), Section 3 (Protection claimants: legal routes from the EU and family reunion), par. 4, ai sensi del quale: "[t]he Secretary of State must, within the period of three months beginning with the day on which this Act is passed, lay before Parliament a statement providing further details about the review [of the ways in which protection claimants who are in a member State are able to enter the United Kingdom lawfully] and, in particular, [consider the position of unaccompanied children in

quest'ultima opzione non è più configurata come *extrema ratio* cui ricorrere nel caso di indisponibilità a negoziare dei *partner* europei¹⁴², bensì come soluzione potenzialmente ottimale per risolvere il problema dei minori non accompagnati mediante il trasferimento diretto dai teatri di guerra.

Tale obiettivo potrebbe essere perseguito mediante il potenziamento dei meccanismi di *resettlement* già in essere, mediante la conclusione di intese con l'Alto Commissariato per i rifugiati e la Croce Rossa internazionale basate sulla delega a tali enti della funzione (pubblica) di ricostruzione dei legami familiari e parentali e sull'automatico riconoscimento dei risultati di tale ricostruzione ai fini dell'ammissione al territorio dello Stato¹⁴³. Ancorché di per sé inidonei a risolvere il problema dei minori non accompagnati presenti in Europa con parenti nel Regno Unito, siffatti meccanismi potrebbero corroborare la tesi che il Governo britannico prende sul serio i diritti dei minori non accompagnati.

Tuttavia, nella dichiarazione sulle vie legali di accesso alla protezione internazionale nel Regno Unito il rafforzamento dei meccanismi di *resettlement* è inserito nella cornice di un nuovo approccio alla questione migratoria, che va nel senso di ridurre l'abuso del diritto d'asilo e limitare l'effetto di *pull factor* che si ascrive a meccanismi di cooperazione interstatale a fini di trasferimento dei richiedenti asilo¹⁴⁴. In questa prospettiva, dunque, il *resettlement* è concepito come strumento di compensazione per il nuovo paradigma della fermezza, i cui assi portanti sono il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne e l'adozione di un approccio restrittivo in materia di asilo.

Questo non significa che il Governo britannico sia libero da vincoli "esterni" nel bilanciamento del diritto all'unità familiare dei minori non accompagnati con le sue priorità di politica migratoria. Gli obblighi internazionali sottoscritti dal Regno Unito in materia di diritti umani, mediante l'adesione al Patto ONU sui diritti civili e politici, alla CEDU e alla Con-

member States who are protection claimants and are seeking to come to the United Kingdom to join relatives there]".

¹⁴² Cfr. in tal senso: UK Home Office, *Home Office Response to the Lords EU Home Affairs Sub-Committee's Report on Brexit: Refugee Protection and Asylum Policy (Annex B)*, 16 September 2020.

¹⁴³ Cfr., in ordine a tale proposta, V. ROECK, *Reuniting Unaccompanied Minor Asylum Seekers Post Brexit: Challenges and Alternatives*, in *Yale Journal of International Law*, 2016, p. 1 ss., che però la estende al trasferimento dei minori dal territorio europeo, mentre – ad avviso di chi scrive – le ragioni esposte nel presente paragrafo renderebbero tale soluzione atta a potenziare il *resettlement* diretto dalle zone di guerra o dai paesi di transito, ma inidonea a rispondere al vuoto di tutela dei minori non accompagnati presenti nel territorio degli Stati membri dell'Unione europea con familiari nel Regno Unito.

¹⁴⁴ *Corrected Oral Evidence: Discussion of the Government's Draft Agreement on the Transfer of Unaccompanied Asylum-Seeking Children*, cit., Q19 (Lord Rowlands).

venzione sui diritti del bambino delineano, infatti, il perimetro giuridico entro il quale l'azione di Governo e le scelte del legislatore devono necessariamente attestarsi. Benché tali obblighi non delineino *standard* procedurali dettagliati e ricostruiscano un livello minimo di tutela, essi possono svolgere una funzione interpretativa e integrativa del diritto nazionale di non secondaria importanza in questa delicata fase di transizione *post Brexit*. In quest'ottica, la ratifica del protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del bambino, che stabilisce un meccanismo di reclamo¹⁴⁵, potrebbe rivelarsi una scelta strategicamente significativa, consentendo all'apposito Comitato creato dalla Convenzione di avere giurisdizione sulle doglianze dei minori che ritengano il loro superiore interesse lesa da una decisione assunta dalle autorità britanniche¹⁴⁶.

Nondimeno, può ben dubitarsi che il Regno Unito si orienti in tal senso, soprattutto alla luce della funzione strumentale che il discorso sulle vie legali svolge rispetto alle attuali priorità di politica migratoria. Da questo punto di vista, più che contenere uno "*specific commitment*"¹⁴⁷ la dichiarazione del febbraio 2021 appare come l'ennesimo "*smokescreen*"¹⁴⁸, una cortina fumogena dietro la quale celare un'inconfessabile verità: l'indifferenza delle autorità britanniche per l'impatto della *Brexit* sul diritto all'unità familiare dei minori non accompagnati.

¹⁴⁵ Protocollo opzionale alla Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, che stabilisce una procedura di presentazione di comunicazioni, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 19 dicembre 2011.

¹⁴⁶ *Corrected Oral Evidence: Discussion of the Government's Draft Agreement on the Transfer of Unaccompanied Asylum-Seeking Children*, cit., Q16 (Prof. Elspeth Guild), dove tale proposta è portata all'attenzione del Parlamento britannico.

¹⁴⁷ V. *supra*, nota 104.

¹⁴⁸ In questi termini, *Corrected Oral Evidence: Discussion of the Government's Draft Agreement on the Transfer of Unaccompanied Asylum-Seeking Children*, cit., Q21 (Lord Anderson of Ipswich), Q24 (Baroness Primarolo).

Focus “Carta dei diritti fondamentali”

IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA TRA TUTELA DEI DIRITTI E TENUTA DEL SISTEMA

ROBERTO MASTROIANNI*

SOMMARIO: 1. L'attualità del rinvio pregiudiziale, settant'anni dopo. – 2. La natura “eversiva” del rinvio pregiudiziale. – 3. Il conflitto tra le Corti di vertice italiane sull'accesso alle SS.UU. della Cassazione avverso le decisioni del giudice amministrativo di ultima istanza per motivi “inerenti alla giurisdizione”. – 4. Il bilanciamento tra esigenze di tenuta del sistema e tutela effettiva dei diritti. – 5. Sviluppi recenti: la necessità di una rapida definizione delle questioni pregiudiziali ed il coinvolgimento delle Corti costituzionali.

1. Perché un seminario (e un libro) dedicato oggi interamente al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia a distanza di quasi settanta anni dal suo concepimento nei negoziati del Trattato CECA?

La risposta è semplice: perché dal mai sopito interesse della dottrina ma soprattutto dalla torrenziale prassi giudiziaria emerge che questo fortunato meccanismo di dialogo tra giurisdizioni sta vivendo una “seconda giovinezza”, anzi probabilmente non è mai invecchiato. I dati parlano chiaro: il rinvio pregiudiziale è stato utilizzato ben 11.358 volte dal 1961 alla fine del 2019, con numeri sempre crescenti sino ad arrivare a 641 rinvii nel solo anno 2019. Il successo nei fatti del rinvio pregiudiziale dimostra non solo la lungimiranza della scelta effettuata dai redattori dei Trattati, evidentemente ispirati dai sistemi nazionali italiano e tedesco per il rinvio di validità ma del tutto originali nella “invenzione” del rinvio di interpretazione, ma anche e soprattutto l'abilità con cui è stato inteso ed applicato dai protagonisti del dialogo, vale a dire i giudici nazionali e la Corte di giustizia.

Le scarse indicazioni di diritto positivo (tra le fonti primarie, al rinvio pregiudiziale è dedicato ancora oggi un solo articolo del TFUE e poco di più nello Statuto della Corte) sono state infatti arricchite nella prassi in maniera da riconoscere progressivamente al rinvio pregiudiziale un ruolo decisivo per la tenuta stessa dell'ordinamento giuridico dell'Unione, garantendone la coerenza, l'uniforme applicazione nei diversi Stati membri, la

* Professore di diritto dell'Unione europea nell'Università di Napoli “Federico II” e giudice del Tribunale dell'Unione europea. Il testo riproduce l'intervento introduttivo svolto nel Webinar “Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: attualità e prospettive”, organizzato dall'Università di Napoli “Federico II” il 22 gennaio 2021 per la presentazione del volume “Il rinvio pregiudiziale”, a cura di F. Ferraro e C. Iannone (Torino, 2020). Le opinioni espresse sono del tutto personali e non impegnano l'istituzione di appartenenza.

piena efficacia e l'autonomia rispetto a quelli nazionali. È appena il caso di ricordare che è grazie alle risposte fornite ai quesiti rivolti dalle giurisdizioni nazionali che la Corte di giustizia ha potuto realizzare le tappe decisive nel cammino dell'integrazione europea attraverso il diritto, in particolare per quel che concerne l'applicazione decentrata dei precetti giuridici europei negli ordinamenti nazionali, consentendo di giungere a conclusioni rivoluzionarie e del tutto sconosciute nel testo dei Trattati. Tra queste, per fare solo gli esempi più noti, l'efficacia diretta delle regole europee negli ordinamenti nazionali (la mai abbastanza celebrata sentenza *Van Gend en Loos* del 1963), la loro primazia rispetto a regole nazionali difformi (*Costa c. Enel* del 1964), il principio della responsabilità patrimoniale dello Stato in caso di violazione di norme europee (*Francovich* del 1991).

Come si vede, si tratta di risultati e soluzioni che hanno esaltato la collaborazione tra i protagonisti del sistema, gli organi giudiziari, a volte anche in contrapposizione con la volontà espressa dagli Stati membri nel corso delle rispettive procedure dinanzi alla Corte. Tranne casi davvero isolati, grazie alla autorevolezza dei giudici e degli avvocati generali ed alla solidità tecnica delle sentenze, le soluzioni fornite dalla Corte hanno prima o poi finito per essere accettate da tutti gli Stati membri, i quali non le hanno mai smentite anche quando hanno avuto il potere di farlo (ad es. in occasione delle modifiche dei Trattati). Denominatore comune nello sforzo della Corte è la ricerca il più possibile di garanzie di effettività nell'applicazione delle regole europee, risultato di sistema che la Corte raggiunge usando strategicamente la sponda dei giudici nazionali, soprattutto dei cc.dd. "piccoli giudici", rendendoli protagonisti in maniera da raggiungere risultati, sia dal punto di vista processuale che sostanziale, sconosciuti negli ordinamenti di appartenenza e destinati poi a trovare applicazione anche nelle materie non coperte dal diritto dell'Unione.

2. In effetti, da questo punto di vista può sostenersi che dalla prassi è emerso il ruolo "eversivo" del rinvio pregiudiziale. Se è certo, nonostante alcune incerte posizioni dottrinali e giurisprudenziali, che il rimedio estremo della disapplicazione della legge nazionale incompatibile *non* presuppone come passaggio obbligato il previo accertamento dell'antinomia da parte della Corte di giustizia, è altrettanto evidente che le risposte della Corte, quando interrogata, fortificano la decisione del giudice di contestare e di "disubbidire", comportamento che non sarebbe consentito in caso di conflitto con regole costituzionali.

Disubbidire, quindi, in primo luogo verso il legislatore, giungendo se necessario alla disapplicazione della legge interna ritenuta incompatibile con le regole europee. È evidente la delicatezza di questa decisione, da

prendere con grande cautela e come *extrema ratio* a fronte di conflitti insanabili in via interpretativa, motivo per cui vanno stigmatizzate alcune iniziative poco solide o addirittura fantasiose e giustamente sanzionate con pronunce di irricevibilità dei quesiti o di declaratoria di incompetenza della Corte di giustizia (per un esempio recente, si veda l'ordinanza della Corte del 10 dicembre 2020 in causa C-220/20, XX, in tema di disposizioni di emergenza per lo svolgimento di attività giudiziarie adottate in Italia per far fronte alla pandemia). Fra tutte il tentativo di alcune giurisdizioni italiane di forzare i confini del diritto dell'Unione, in particolare della Carta, o di coinvolgere erroneamente la CEDU in base ad una lettura disattenta dell'art. 6 TUE. Sostiene giustamente Silvana Sciarra¹ che in Italia questi tentativi di uso distorto del diritto europeo sono stati arginati, anche di recente, con una virtuosa e deferente collaborazione tra la Corte costituzionale e la CGUE, per cui, aggiungo io, non sarebbe corretto fare leva su errori anche grossolani per sminuire l'utilità del dialogo tra i "piccoli giudici" e la Corte di giustizia. Ed infatti, nella prassi italiana si riscontrano episodi di diffusa, consapevole e certamente proficua contestazione, con le armi del diritto dell'Unione, di norme interne palesemente incompatibili con le regole europee e frutto non solo di colpevoli ritardi o disattenzioni, ma anche di vere e proprie scelte errate da parte del legislatore. Per limitarci a pochi esempi, basti pensare all'imponente contenzioso conseguente alle decisioni della Corte di giustizia in tema di tasse di concessioni governative², di retribuzione dei medici specializzandi³, di reiterazione dei contratti di lavoro a termine nell'ambito scolastico⁴. Stimolata dai giudici amministrativi di primo grado, di recente la Corte ha messo in discussione le scelte del legislatore in temi politicamente ed economicamente sensibili come le modalità di attribuzione delle concessioni balneari⁵, o la tutela del pluralismo dell'informazione nel settore delle comunicazioni elettroniche⁶.

La sponda con il giudice europeo si manifesta anche in altri episodi di "disubbidienza" infra-sistemica, ad esempio verso il giudice superiore nella gerarchia delle giurisdizioni nazionali (per i casi italiani, per tutte le sentenze *Interedil*, del 2011 e *Puligienica*, del 2016), o addirittura verso il giudice

¹ *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *federalismi.it*, n. 3, 27 gennaio 2021.

² Sentenza *Ponente Carni e Cispadana Costruzioni*, del 20 aprile 1993, cause riunite C-71/91 e C-178/91, su rinvio del Tribunale di Genova.

³ Sentenza *Carbonari e a.*, del 25 febbraio 1999, causa C-131/97, su rinvio del Pretore di Bologna.

⁴ Sentenza *Mascolo e a.*, del 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13 e a.

⁵ Sentenza *Promoimpresa e a.*, del 15 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, su rinvio dei TAR Lombardia e Sardegna.

⁶ Sentenza *Vivendi*, del 3 settembre 2020, causa C-719/18, su rinvio del TAR Lazio.

costituzionale (sentenza *Global Starnet*, del 2017), con le inevitabili tensioni interne che quest'ultimo scenario comporta e che ha portato la Corte a svolgere, in più casi, un certamente non voluto ruolo di arbitro di conflitti tutti interni: per tutte, volgendo lo sguardo oltre confine, le sentenze *Melki e Abdeli*, del 2010, per il giudizio di costituzionalità in Francia, *Landtová*, del 2011, nel caso delle pensioni slovacche, e le numerose pronunce concernenti il rispetto della *rule of law* in Polonia (ed es. la sentenza *A.K. c. Sąd Najwyższy*, del 2019).

3. In questo filone per così dire “conflittuale” tra giurisdizioni interne si inserisce una vicenda tutta italiana che ha assunto una grande notorietà nelle ultime settimane, vale a dire il rinvio pregiudiziale operato dalle SS.UU. della Cassazione con ordinanza del 18 settembre 2020, n. 19598, in tema di accesso alle stesse SS.UU. in applicazione dell'art. 111, co. 8 Cost (e 362 c.p.c.) al fine di ottenere la cassazione di pronunce del giudice amministrativo di ultimo grado per motivi inerenti alla giurisdizione, qualora dette pronunce siano asseritamente viziate per errata applicazione del diritto dell'Unione. La questione non è di certo nuova ma ha inevitabilmente assunto, in conseguenza dell'iniziativa della Cassazione di rivolgersi alla Corte di giustizia, una grande rilevanza, come testimoniato dal vivace dibattito dottrinale sui possibili esiti, anche per la aperta contestazione, nel testo dell'ordinanza, della soluzione “ortodossa” sposata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018 in tema di interpretazione dell'art. 111, co. 8, Cost. Da parte mia, mi limito ad osservare a titolo del tutto personale che nel primo quesito rivolto alla Corte di giustizia l'ordinanza sembra prefigurare un accesso generalizzato al controllo della Cassazione *ex art. 111 co. 8* in presenza di una asserita contrarietà al diritto dell'Unione di una pronuncia del giudice amministrativo di ultimo grado. Non è evidente che questa soluzione sia richiesta dal diritto dell'Unione. Considerati poi i numerosi casi in cui il Consiglio di Stato si trova ad affrontare questioni che coinvolgono il diritto dell'Unione, il rischio di aprire la strada ad un generalizzato terzo grado di giudizio nel contenzioso amministrativo sembra tutt'altro che remoto, con conseguenze tutte da valutare, non ultime la compatibilità del risultato con il dettato costituzionale e la stessa qualificazione del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti come giudice di ultima istanza ai fini dell'art. 267 TFUE.

Quanto invece al mancato rinvio pregiudiziale nei casi in cui questo è inteso come obbligatorio dal Trattato (secondo quesito posto dalle Sezioni Unite), la questione appare più complessa. A mio modo di vedere, è utile innanzitutto distinguere tra rinvio di validità e di interpretazione. Nel primo caso, sembra difficile negare, anche rimanendo nell'alveo dell'inter-

pretazione tradizionale dei “motivi inerenti alla giurisdizione” sposata dalla Corte costituzionale nella sentenza prima ricordata, che un problema di corretto esercizio della giurisdizione sussista nei casi – sperabilmente remoti se non ipotetici – in cui il giudice amministrativo o contabile si attribuisca il potere di decidere in merito al corretto esercizio della funzione normativa svolta dalle istituzioni dell’Unione, dichiarando (anche incidentalmente) l’invalidità di un atto comunitario, legislativo o meno. All’evidenza, in casi del genere il giudice amministrativo di ultimo grado eserciterebbe una “fetta” di potere giurisdizionale che non gli compete, in quanto riservata alla Corte di giustizia dall’art. 267 TFUE come interpretato a partire dalla sentenza *Foto-Frost* del 1987.

Nel secondo caso, potrebbe darsi rilievo alla circostanza che, come precisato dal primo comma dell’art. 111 Cost., “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”. Ne consegue che, in un’ottica di circolarità che coinvolge anche la Corte di Strasburgo, si potrebbe sostenere, senza debordare dai confini costituzionali come disegnati dalla Corte costituzionale nella citata sentenza del 2018, che l’attività giurisdizionale non si è svolta in maniera corretta (un “rifiuto di giurisdizione”) qualora la decisione finale venga assunta senza che il giudice, in violazione delle regole dell’equo processo, abbia svolto il compito richiesto non solo dall’art. 267 TFEU ma anche dall’art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo da ultimo nella sentenza *Sanofi Pasteur c. Francia*⁷: non abbia cioè motivato, espressamente o implicitamente, sulla base dei parametri *Cilfit*⁸, la decisione di non dar seguito alla richiesta, pur avanzata da una parte, di procedere al rinvio pregiudiziale. Osservo incidentalmente che dal testo dell’ordinanza delle SS.UU. di rimessione alla Corte di giustizia, non è chiaro se, nel caso specifico posto alla sua attenzione, questa richiesta sia stata effettuata. Meno rilevante ai fini di questo discorso mi sembra possa essere la correttezza o meno della valutazione svolta dal giudice di ultima istanza quando questa viene di fatto svolta: in quel caso non è il limite esterno della giurisdizione che si mette in discussione, spettando al giudice nazionale valutare la presenza o meno delle condizioni per il rinvio obbligatorio, ma le modalità in cui essa viene esercitata, di per sé non censurabili con il ricorso in Cassazione. In questo senso si sono condivisibilmente espresse le stesse SS.UU. in una pronuncia, la n. 24107 del 2020, successiva a quella che ha operato il rinvio. Le conseguenze di una errata valutazione sull’assenza dei presupposti per il rinvio (assenza di pertinenza, disposizione già interpretata dalla Corte di giustizia,

⁷ Sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 13 febbraio 2020, ric. n. 25137/16.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1982, causa 283/81.

acte claire) potrebbero quindi riverberarsi in altri, successivi contesti, *in primis* quello risarcitorio.

4. Rimanendo sull'attualità del rinvio pregiudiziale, alcune questioni di fondo rimangono aperte. In questa sede mi limito soltanto ad accennarle. La prima pone un quesito che tuttora, a mio parere, non ha ancora trovato una risposta soddisfacente: il rinvio pregiudiziale va inteso come un meccanismo di tenuta del sistema, come prima ricordato, o di tutela dei diritti degli individui? La risposta più diffusa (il rinvio pregiudiziale serve entrambi gli obiettivi) è in linea di principio corretta, ma rischia di non cogliere tutti i lati del problema. Non può essere tralasciato che, per consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, l'iniziativa del rinvio pregiudiziale è saldamente in mano al solo giudice nazionale (sentenza *Consiglio nazionale dei geologi*, del 2013). Le parti possono richiederlo ma non possono certo imporlo, e anche qualora il giudice ritenga di effettuarlo rimane di sua esclusiva competenza la scelta dei quesiti da rivolgere alla Corte: ne discende che è difficile intendere il rinvio pregiudiziale come parte integrante del bagaglio dei diritti che l'ordinamento UE attribuisce ai singoli.

Più in generale, far pendere la bilancia verso l'uno o l'altro dei lati comporta delle conseguenze di non poco conto, in tema, in primo luogo, di rapporto tra il rinvio di interpretazione e l'accesso alla giustizia dinanzi al giudice europeo. Secondo la Corte di giustizia l'interpretazione restrittiva⁹ delle regole in tema di legittimazione ad agire dei singoli per l'impugnazione diretta degli atti dell'Unione (art. 263, par. 4, TFUE) sarebbe giustificata dalla possibilità di ottenere comunque una pronuncia sulla validità dell'atto in questione tramite il rinvio pregiudiziale, appunto, di validità, da cui la presenza di un "sistema completo di rimedi" che coinvolge in maniera complementare il giudice interno e quello europeo (Tribunale e Corte di giustizia). Questa conclusione non appare del tutto convincente, in quanto non facilmente conciliabile con le "mani libere" del giudice nel decidere la necessità ed il contenuto dei quesiti pregiudiziali.

Viene in rilievo, in secondo luogo, il rapporto tra il rinvio pregiudiziale interpretativo e la disapplicazione della legge interna incompatibile. Ho già sottolineato che non esiste alcun rapporto di strumentalità formale tra i due eventi. In senso diverso si è invece pronunciato di recente, proprio in materia di concessioni balneari, il TAR Puglia¹⁰, secondo il quale "l'ordinamento euro-unionale (*sic*), proprio in vista dell'eventuale disapplicazione da parte del giudice della norma nazionale in conflitto con la nor-

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2015, causa C-456/13, *T&L Sugars*.

¹⁰ TAR Puglia/Lecce, Sez. I, sentenza 1321 del 27 novembre 2020, *Solemare c. Comune di Castrignano del Capo*.

ma comunitaria, attribuisce il potere di sospensione del giudizio e di rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di giustizia”. A parere del TAR, la facoltà di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sarebbe una funzione strumentale e ancillare rispetto al potere di disapplicazione della norma nazionale, e tale considerazione “induce a ritenere che la norma nazionale, ancorché in conflitto con quella euro-unionale, risulti pertanto vincolante per la pubblica amministrazione e, nel caso in esame, per il dirigente comunale, che sarà tenuto ad osservare la norma di legge interna e ad adottare provvedimenti conformi e coerenti con la norma di legge nazionale”. La sentenza, peraltro adottata in una materia in cui la Corte di giustizia si è già pronunciata (sentenza *Promoimpresa* del 2016), arriva ad una conclusione evidentemente erranea alla luce della pluridecennale prassi contraria della Corte di giustizia, a partire dalla nota sentenza *F.lli Costanzo* del 1989, ma denota anche una diffusa difficoltà dell’amministrazione di assumersi il ruolo, certo reso complesso dall’impossibilità di un accesso diretto alla Corte di giustizia, di primo garante del rispetto delle regole europee.

In terzo luogo, viene in rilievo il rapporto tra rinvio pregiudiziale e giudizio di costituzionalità. Qui emerge la rilevanza assunta negli ultimi anni dalla Carta dei diritti fondamentali ed il complesso rapporto triangolare tra i giudici comuni, la Corte costituzionale e la Corte di giustizia. Come ampiamente noto, in Italia alcune difficoltà e potenziali conflitti con la giurisprudenza comunitaria causate da un *obiter* nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017 sono state progressivamente rimosse, ma resta una situazione di confusione e disorientamento nella prassi dei giudici italiani che ha portato, ad esempio, all’iniziativa di un doppio rinvio simultaneo alle due Corti¹¹, peraltro in fattispecie non regolata dal diritto UE con conseguente doppia declaratoria di irricevibilità¹² ed inammissibilità¹³. Appare utile, allora, che la Consulta, procedendo nel cammino intrapreso con le sentenze nn. 20, 63 e 112 del 2019 e le ordinanze n. 117 del 2019 e 182 del 2020, provveda a mettere ordine, chiarendo su quali basi il giudice sia chiamato ad effettuare la scelta di rivolgersi all’una o all’altra Corte, fermo restando il potere di...non fare nulla e di decidere in maniera autonoma il rilevato, insanabile contrasto tra una norma interna e una regola della Carta. Ciò anche allo scopo di evitare ritardi non necessari per la definizione di questioni che, per la loro stessa natura, meritano una soluzione rapida, come è il caso, ad esempio, della più che nota vicenda del c.d. “bonus bebè”,

¹¹ Corte App. Napoli, I Unità Sez. lav., ordinanza del 18 settembre 2019, in causa n. 2784 del 2018, *XY c. Balga*.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2020, causa C-32/20, *TJ c. Balga srl*, punti 25-27.

¹³ Sentenza della Corte costituzionale n. 254/2020, *considerato in diritto* n. 2.1.

ora all'attenzione della Corte di giustizia grazie alla citata ordinanza della Corte costituzionale n. 182 del 2020 (causa in cui, sia detto *per incidens*, in ragione dei vari trasferimenti tra più corti, si corre il rischio che il bebè ottenga il bonus quando è oramai prossimo all'esame di maturità...).

5. Sul fronte lussemburghese, l'aumento del numero dei rinvii e la progressiva estensione delle materie regolate dal diritto dell'Unione hanno suggerito di porre rimedio al rischio di un carico eccessivo di cause. In primo luogo, contrariamente alla prassi molto "didascalica" e generosa dei primi decenni, più di recente la Corte è progressivamente diventata più severa nell'ammettere quesiti pregiudiziali "imperfetti", sia dal punto di vista della redazione delle ordinanze, sia da quello della rilevanza dei quesiti rispetto alla soluzione del giudizio nazionale. Anche i rinvii italiani sono stati più volte oggetto di "rifiuto" da parte della Corte di giustizia per l'insufficiente qualità delle ordinanze di rimessione; ad esempio, nell'anno 2020 ciò si è verificato cinque volte, e per due volte la scure dei giudici del Lussemburgo ha colpito ordinanze provenienti dal Consiglio di Stato¹⁴. Vero è che le norme del processo in Italia (civile, penale, amministrativo), a differenza di quanto avviene in altri Paesi membri, pongono poca attenzione alle modalità di svolgimento di questa – pur relevantissima – fase processuale, per cui potrebbe essere utile una revisione dei codici a questo scopo. Non sempre sembrano infatti sopperire le pur dettagliate Raccomandazioni¹⁵ che la Corte ha adottato per guidare le giurisdizioni nazionali nella corretta redazione delle ordinanze di rinvio.

In secondo luogo, sempre in tema di *charge de travail*, la Corte ha fortemente inciso sulla durata dei procedimenti pregiudiziali, che rappresentano dopo tutto un incidente nel processo nazionale, in parte aiutata dalle riforme del Trattato di Nizza (mi riferisco alla non indispensabilità della fase delle conclusioni scritte dell'avvocato generale, art. 252 TFUE), in parte interpretando in maniera restrittiva le regole dello Statuto che prevedono che il processo dinanzi alla Corte si compone di una fase scritta e di una fase orale, decidendo cioè spesso, soprattutto nella prassi più recente, di non svolgere la fase dell'udienza pubblica anche quando richiesta da una o più parti del processo nazionale.

Novità di estremo rilievo è, poi, il più intenso coinvolgimento dei giudici di vertice, compresi i giudici costituzionali. Mi pare evidente che

¹⁴ Ordinanze della Corte di giustizia del 26 novembre 2020, causa C-318/20, *Colt Technologies Services*, e del 28 maggio 2020, causa C-723/19, *Airbnb Ireland e Airbnb Payments*.

¹⁵ Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale, del 20 luglio 2018, rinvenibili sul sito curia.europa.eu.

L'emersione di questioni tipicamente costituzionali, dovute soprattutto alla crescente rilevanza acquisita dalla Carta, ha reso del tutto anacronistica (e controproducente) la auto-esclusione che alcune di esse si erano imposte dal dialogo con la Corte: è di queste settimane il primo rinvio della Corte costituzionale portoghese, che si aggiunge alle iniziative già assunte da altre omologhe corti (tedesca, francese, spagnola, italiana, polacca, austriaca, lituana, lussemburghese e così via). Un percorso collaborativo a cui, come evidenzia Antonio Tizzano, le corti di vertice sono per certi versi condannate e che ha portato immediatamente frutti positivi grazie alla circolarità ed alla condivisione delle soluzioni; percorso che, a ben vedere, si presenta come uno delle più evidenti declinazioni, nel contesto del dialogo tra organi giurisdizionali, del principio di leale collaborazione che, è bene ricordarlo, costituisce la *Grundnorm* dell'intero sistema di integrazione voluto dai Trattati. Rimane da vedere come questo coinvolgimento possa utilmente conciliarsi con le esigenze di una rapida definizione dei processi.

Per i motivi i qui esposti e per molti altri, ben vengano iniziative come quella del libro curato da Fabio Ferraro e Celestina Iannone: un volume che, anche per l'utilissima appendice di documentazione, si candida a diventare un punto di riferimento obbligato sia nelle Università, sia per gli operatori del diritto.

*Focus “Pandemia, diritto emergenziale
e Unione europea”*

BREVI NOTE SULLA CONTROVERSA
RELATIVA ALLA FORNITURA DEL VACCINO ASTRAZENECA

PIETRO MANZINI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sull’adempimento dell’APA esistente tra AstraZeneca e la Commissione europea. – 3 Sui regolamenti che stabiliscono il potere degli Stati membri di bloccare l’esportazione dei vaccini.

1. La questione del rispetto del contratto di acquisto di vaccino, l’ormai celebre APA (*Advanced Purchase Agreement*), stipulato tra la Commissione e la società anglo-svedese AstraZeneca sta avvelenando i rapporti tra l’Unione europea e il Regno Unito, già tesi a causa della *Brexit* e dei problemi di applicazione dell’accordo che disciplina le loro relazioni.

Allo stato, tale questione ha aperto due fronti astrattamente distinti, ma in concreto collegati¹. L’uno di tipo privatistico riguarda l’effettiva violazione da parte di AstraZeneca dell’APA. L’altro, di natura pubblicistica, attiene alla portata e alle finalità degli strumenti che l’Unione ha messo in campo per giungere ad un eventuale blocco delle esportazioni di vaccini prodotti sul suo territorio.

Dirò subito che, per quanto riguarda il primo fronte, contrariamente alla vulgata prevalente sui media, da un’analisi dell’APA emerge un chiaro inadempimento da parte di AstraZeneca che non è certo attribuibile all’inadeguatezza negoziale della Commissione. Piuttosto nell’APA è prevista una disposizione che esclude da una valutazione giudiziaria il ritardo nelle consegne da parte dell’impresa. Anche tenendo conto di questa disposizione, tuttavia, la posizione di AstraZeneca non pare del tutto intangibile.

Probabilmente anche a causa dei limiti dell’APA la Commissione, nei primi mesi di quest’anno, ha confezionato taluni strumenti pubblicitici – siamo dunque sul secondo dei fronti menzionati – diretti ad indurre AstraZeneca ad adempiere agli impegni assunti. Nonostante qualche sfasatura relativa alla base giuridica, le misure prese sembrano concettualmente difendibili. Gli Stati membri sono apparsi lieti di poterli disporre, ma fino ad

* Professore ordinario di diritto dell’Unione europea – Università di Bologna *Alma Mater Studiorum*.

¹ Per un inquadramento complessivo delle azioni dell’Unione europea in relazione alla pandemia di Covid-19, si veda: M. GATTI, *La risposta europea all’emergenza da COVID-19*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020 – I dodici mesi che hanno segnato l’integrazione europea*, Milano, 2021, p. 31 ss.

ora sono stati restii ad utilizzarli effettivamente. È venuta poi un'ulteriore e più ambiziosa proposta da parte della Commissione, che prefigura scenari da 'guerra commerciale'. Su quest'ultima proposta gli Stati membri si sono però arrestati. Almeno per ora.

2. In relazione al profilo dell'adempimento da parte di AstraZeneca dell'APA² da essa siglato con la Commissione, va anzitutto osservato che tale contratto stabilisce in maniera precisa il numero di dosi che tale società si è impegnata a consegnare agli Stati dell'Unione. Nonostante la Commissione abbia reso pubblica solo una versione parzialmente secretata del contratto, quest'ultimo è oggi disponibile anche nel testo completo³. Orbene l'art. 5, par. 1 prevede che AstraZeneca debba consegnare presso gli *hub* dell'Unione tra gli 80 e 100 milioni di dosi entro il primo trimestre del 2021⁴. Peraltro, ai fini di questa nota, la cifra esatta non è particolarmente rilevante, perché la stessa AstraZeneca ha dichiarato esplicitamente che non sarebbe stata in grado garantire le dosi promesse all'Unione, con un taglio previsto di almeno 30% delle stesse.

Come è dunque possibile dubitare che AstraZeneca sia inadempiente rispetto agli impegni presi con la Commissione? Il punto, come ormai ben noto, sta nella circostanza che l'APA non stabilisce semplicemente che AstraZeneca debba consegnare un quantitativo definito di dosi di vaccino, bensì che debba effettuare il suo "ragionevole miglior sforzo" (*best reasonable effort*), per raggiungere tale obiettivo. Siccome questo sforzo è stato compiuto, afferma chi sostiene le ragioni della società anglo-svedese, non sussiste nessun inadempimento.

Sam Bowman, in un post apparso su *Truth on the market*⁵, giustifica la

² La base giuridica dell'APA e l'art. 4, par. 5, lett. *b*) del regolamento (UE) 2016/369, del Consiglio, del 15 marzo 2016, sulla fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione, come emendato dal regolamento (UE) 2020/521 del Consiglio del 14 aprile 2020 che attiva il sostegno di emergenza a norma del regolamento (UE) 2016/369 e che ne modifica disposizioni in considerazione dell'epidemia di COVID-19. Sul punto si veda S. DE LA ROSA, *Que sait-on des contrats d'achats de vaccins conclus entre la Commission européenne et les laboratoires pharmaceutiques ? L'exemple de l'accord concernant Astra Zeneca*, in *Le Club des juristes*, 15 febbraio 2021.

³ Lo si può trovare in questo sito: 1613725900577_AZ_FIRMATO_REPORT.pdf (rai.it).

⁴ Il contratto prevede che AstraZeneca sviluppi una capacità produttiva per il primo semestre del 2012 di 300 milioni di dosi al costo totale stimato di 870.000.000 di euro. Con una opzione successiva di altre 100 milioni di dosi. V. più dettagliatamente l'art. 9 dell'APA.

⁵ S. BOWMAN, *Understanding the European Commission's dispute with AstraZeneca*, *Truth on the Market*, 24 March 2021, truthonthemarket.com/2021/03/24/understanding-the-european-commissions-dispute-with-astrazeneca/.

posizione di AstraZeneca nel modo seguente. Se una impresa ha in magazzino 1000 unità di bene e ne promette 700 a Ursula e 600 a Boris quell'impresa non sarà in grado di onorare entrambi i contratti. Perciò se l'impresa sceglie di adempiere il contratto siglato con Boris, Ursula sarà comprensivamente seccata. Ma non è questa, sostiene Bowman, la situazione contrattuale di AstraZeneca. Diversamente dall'esempio, al tempo in cui la UE e UK hanno concluso i contratti di fornitura con AstraZeneca quest'ultima non aveva nessuna dose di vaccino in magazzino, anzi il vaccino non esisteva proprio. Ciò che AstraZeneca ha promesso ad entrambi era di effettuare il suo *best reasonable effort* per ottenere l'approvazione e la produzione di vaccini, e per consegnare quelli che riusciva a produrre. UK si sarebbe impegnata all'acquisto del vaccino (almeno informalmente) sin dai primi mesi del 2020 e ha approvato l'uso dello stesso il 30 dicembre 2020. La Commissione ha firmato il contratto con AstraZeneca il 27 agosto 2020 ed ha concesso l'autorizzazione all'uso solo 29 gennaio 2021.

In questo contesto, sempre secondo Bowman, UK e la UE hanno diritto alle dosi che AstraZeneca riesce a produrre in applicazione di ciascun contratto individualmente considerato ed effettuando il suo *best reasonable effort*. Pertanto, UK e UE avrebbero, in realtà, acquisito un posto nel flusso di produzione (*flow*) di AstraZeneca, non una quantità di vaccino presente nel suo magazzino (*stock*). In questa prospettiva, la UE avrebbe titolo solo a quelle dosi che AstraZeneca riesce a produrre nei limiti del suo *best reasonable effort* in base al contratto siglato con la Commissione, e non potrebbe invece rivendicare alcun diritto sulle dosi che esistono in ragione dell'impegno contrattuale che AstraZeneca ha con UK, e precedentemente concluso.

La tesi è, francamente, molto poco convincente.

Per iniziare, va ricordato che l'acquisto di un bene che fisicamente non esiste al momento del contratto non rappresenta una circostanza che connota solo l'acquisto di vaccini, bensì è un tema ben noto al diritto (la *emptio rei speratae* ha origine romanistica) e comunissimo nelle industrie moderne. Ad esempio, nella più grande maggioranza dei casi, le autovetture non sono presenti nel magazzino del venditore al momento della stipulazione del contratto, bensì vengono assemblate/costruite nel lasso di tempo che va dall'invio dell'ordine alla data di consegna. È scontato, e sarebbe strano il contrario, che tale data viene fissata dal venditore nel contratto tenendo conto degli ordini precedentemente assunti. Attesa la perfetta identità delle dosi di vaccino prodotte da AstraZeneca, l'idea che si possa distinguere tra quelle fabbricate sulla base dell'APA con la Commissione da consegnare successivamente e quelle prodotte in ragione del contratto di fornitura con UK è pertanto piuttosto bizzarra. Per riprendere la metafora

di Bowman, si ipotizzi che Boris acquisti una vettura Mercedes e alla data di consegna convenuta nel contratto, l'impresa produttrice gli comunichi che essa non è disponibile perché Ursula ne aveva precedentemente ordinata una identica. È difficile pensare che Boris troverebbe valida la giustificazione che la vettura disponibile era stata in realtà prodotta in base al contratto di acquisto di Ursula.

In secondo luogo, è vero che l'art. 5.1. del contratto stabilisce che AstraZeneca deve usare il suo *best reasonable effort* per produrre le dosi inizialmente destinate ai Paesi dell'Unione. Senonché il contratto definisce anche la nozione di *best reasonable effort*. Questa copre: “*the activity and the degree of effort that a company of similar size with a similarly-sized infrastructure and similar resources as AstraZeneca would undertake or use in the development or commercialization having regard to the urgent need for a Vaccine to end a global pandemic which is resulting in serious public health issues, restrictions on personal freedoms and economic impact, across the world but taking into account efficacy and safety*”.

Emerge con chiarezza che la nozione di *best reasonable effort* definita nel contratto consentirebbe ad AstraZeneca di ridurre le consegne solo se ciò fosse dovuto a difficoltà produttive o distributive collegate alla sua dimensione, alla sua infrastruttura o alle sue risorse e, peraltro, tenendo conto della urgente necessità del vaccino. Questa nozione non consente affatto a tale società di tagliare le forniture promesse alla controparte per onorare un contratto asseritamente concluso prima⁶.

Ciò risulta confermato dalla circostanza che quando le parti hanno voluto prevedere la possibilità che AstraZeneca limitasse le sue consegne a causa di altri contratti lo hanno fatto esplicitamente. Ad esempio, nell'art. 6.2 dell'APA si prevede che, nel caso in cui la capacità di AstraZeneca di adempiere ai propri obblighi previsti dal contratto sia ostacolata da un accordo concorrente stipulato da o per conto della Commissione, AstraZeneca debba informare tempestivamente la Commissione e quest'ultima debba adoperarsi per trovare una soluzione mutualmente accettabile per l'adempimento sia dell'APA che del contratto concorrente⁷. Analoga previ-

⁶ In realtà sulla base delle notizie apparse sulla stampa degne di fede, il contratto tra AstraZeneca e UK è stato firmato il 28 agosto 2020, ossia il giorno seguente alla firma dell'APA tra AstraZeneca e la Commissione: edition.cnn.com/2021/02/17/europe/uk-astrazeneca-vaccine-contract-details-intl/index.html.

⁷ Più dettagliatamente la disposizione prevede che: “In the event AstraZeneca’s ability to fulfill its obligations under this Agreement is impeded by a competing agreement entered into by or on behalf of the Commission, AstraZeneca shall promptly inform the Commission. While AstraZeneca shall continue to use Best Reasonable Efforts to engage with its own contract manufacturers and suppliers to utilize the capacity and/or components, the Commission will assist in finding a mutually acceptable solution for this

sione è stabilita all'art. 5 lett. b) dell'*Order form* allegato all'APA in relazione ai contratti concorrenti eventualmente stipulati dagli Stati membri. Dato che il problema dei contratti concorrenti non era sfuggito alle parti, se queste ultime avessero voluto subordinare le consegne alla UE all'adempimento da parte di AstraZeneca del concorrente contratto con UK, perché non l'hanno previsto esplicitamente?

Per altro verso, nell'APA con la Commissione, AstraZeneca ha esplicitamente dichiarato che non aveva in essere impegni contrattuali o di altro genere che potevano risultare in contrasto con gli impegni relativi alla fornitura all'Unione quanto meno del primo contingente di dosi. Infatti, all'art. 13.1, lett. e) dell'APA, AstraZeneca ha riconosciuto che essa "*it is not under any obligation, contractual or otherwise, to any Person or third party in respect of the Initial Europe Doses or that conflicts with or is inconsistent in any material respect with the terms of this Agreement or would impede the complete fulfilment of its obligation under this Agreement*".

In conclusione, un'analisi solo un po' meno che superficiale dell'APA stipulato tra la Commissione e AstraZeneca dimostra che le ragioni per ritenere che quest'ultima sia almeno parzialmente inadempiente sono solide e, in ogni caso, la clausola relativa al *best reasonable effort* non è affatto conclusiva per escludere tale inadempimento.

Il problema posto dall'APA è piuttosto un altro e consiste dall'espressa rinuncia della Commissione e degli Stati membri a promuovere un'azione giudiziaria contro AstraZeneca in caso di ritardi nelle consegne del vaccino⁸. L'art. 15, par. 1 di tale accordo infatti prevede che "*the Commission and each of the Participating Member States each within their respective competences, on behalf of itself, waive and release any claim against AstraZeneca arising out of or relating to: [...] (e) delays in delivery of the Vaccine under this Agreement*".

Al riguardo ci sembra possano essere svolte le seguenti considerazioni.

Anzitutto, considerate l'onerosità della clausola e l'*expertise* negoziale della Commissione, è fuori discussione pensare che il suo contenuto sia frutto inavvedutezza di quest'ultima. Ci pare invece scontato che essa sia stata determinata dall'oggettiva debolezza contrattuale dell'istituzione, che

Agreement and the competing agreement. To the extent AstraZeneca's performance under this Agreement is impeded by any such competing agreements, AstraZeneca shall not be deemed in breach of this Agreement as a result of any such delay due to the aforementioned competing agreement(s)".

⁸ Secondo la disposizione menzionata: "the Commission and each of the Participating Member States each within their respective competences, on behalf of itself, waive and release any claim against AstraZeneca arising out of or relating to: [...] (e) delays in delivery of the Vaccine under this Agreement".

si è trovata nella necessità di concludere a nome degli Stati membri un contratto per la fornitura di vaccini nel mezzo di una devastante pandemia.

In secondo luogo, l'art. 15, par. 1 copre il caso di inadempimento da ritardo nella fornitura, ma non quello di inadempimento *tout court*. È certo vero che AstraZeneca non ha mai affermato che essa non sarebbe stata in grado, in termini assoluti, di rifornire l'Unione dell'intero quantitativo di vaccino concordato, lasciando intendere dunque soltanto un caso di ritardo. Tuttavia, è ovvio che in certe circostanze il ritardo nell'adempimento diventa un inadempimento completo. In particolare, ci sembra che nel caso di specie ciò possa avvenire quando il ritardo nelle consegne frustra l'obiettivo centrale dell'APA perseguito dalla Commissione e dagli Stati membri da essa rappresentati, che è quello permettere a questi ultimi di pianificare e attuare una campagna vaccinale che consenta di porre fine o limitare grandemente gli effetti del Covid-19 nell'Unione entro la prima metà del 2021. Al riguardo occorre precisare che è soltanto parzialmente vera la constatazione secondo la quale sino al 31 marzo 2021, AstraZeneca non sarebbe stata in ritardo nelle consegne, perché l'art. 5, par. 1 dell'APA prevede soltanto l'ammontare totale di dosi che AstraZeneca doveva consegnare entro quella data. In realtà, la *Schedule A*, allegato all'APA, precisa in maniera dettagliata le quantità di vaccino da consegnare in ciascun mese del semestre dicembre 2020 - giugno 2021⁹, e pertanto il mancato rispetto di quelle quantità mensili ha posto, com'è ad ognuno evidente in questi giorni, in gravissime difficoltà i piani di somministrazione vaccinale degli Stati.

Alla luce di queste considerazioni non ci sembra scontato che l'art. 15, par. 1 rappresenti un "porto sicuro" dove AstraZeneca può ripararsi da un'azione giudiziale fondata su una vera e propria violazione contrattuale piuttosto che su un mero ritardo nell'adempimento.

3. Sui regolamenti che stabiliscono il potere degli Stati membri di bloccare l'esportazione dei vaccini

Il problema dell'esenzione giurisdizionale contenuta nell'art. 15, par. 1 dell'APA contribuisce a chiarire le ragioni dell'emergere di un profilo pubblicistico della questione.

Il 30 gennaio 2021, la Commissione europea ha adottato il regolamento n. 2021/111¹⁰ diretto a subordinare, per un periodo massimo di sei setti-

⁹ Il piano vaccinale, espresso in milioni di dosi, previsto nello *Schedule A* dell'APA è il seguente: dicembre (30), gennaio (40), febbraio (30), marzo (20), aprile (80), maggio (40), giugno (60).

¹⁰ Regolamento di esecuzione (UE) 2021/111 della Commissione, del 29 gennaio 2021, che subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione.

mane, l'esportazione di vaccini contro il Covid-19 (e di sostanze attive utilizzate per la loro fabbricazione) alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione a norma dell'art. 5 del regolamento n. 2015/479¹¹. La disciplina della Commissione collega esplicitamente l'obbligo di autorizzazione all'esportazione al possibile inadempimento degli APA da essa stipulati con le società farmaceutiche. In questo senso nel terzo considerando si riconosce che, nonostante il sostegno finanziario concesso dall'Unione per aumentare la produzione, talune di tali società avevano già annunciato di non essere in grado di fornire i quantitativi garantiti, realizzando in tal modo una potenziale violazione dei loro impegni contrattuali. Tale circostanza comportava il rischio di penurie e quindi di ritardi suscettibili di perturbare gravemente il piano dell'Unione di vaccinare la sua popolazione. Parallelamente – si afferma sempre nel terzo considerando – sussiste il rischio che i vaccini prodotti nell'Unione siano esportati, in particolare verso paesi non vulnerabili.

Il contenuto sostanziale del regolamento n. 2021/111 è semplice. Fatte salve le esportazioni verso i Paesi che dipendono dalle catene di approvvigionamento metropolitane degli Stati membri e verso i paesi vulnerabili sotto il profilo dell'accesso ai vaccini, esso stabilisce che le esportazioni dal territorio dell'Unione siano soggette ad un'autorizzazione da parte delle autorità competenti dello Stato membro in cui i vaccini sono fabbricati. Tale autorità rilascia l'autorizzazione “solo se il volume delle esportazioni non è tale da costituire una minaccia per l'esecuzione degli APA dell'Unione conclusi con i produttori di vaccini” (art. 1, par. 4).

Allo scadere della validità della disciplina prevista dal regolamento n. 2021/111, la Commissione ha ritenuto necessario prorogare il regime dell'autorizzazione all'esportazione sino al 30 giugno 2021 ed ha pertanto adottato il regolamento n. 2021/442¹², il quale sostanzialmente reitera la normativa precedente, però con un'estensione della possibilità di blocco la cui ampiezza è tenuta volutamente generica. In base all'art. 1, par. 7 del nuovo regolamento, tale possibilità viene concessa per i casi in cui le esportazioni costituiscano una minaccia per l'esecuzione degli APA conclusi

¹¹ Il regolamento n. 2015/479 stabilisce un regime comune applicabile alle esportazioni. Il suo art. 5 prevede la possibilità di adottare delle misure di salvaguardia d'urgenza. Più precisamente “al fine di prevenire una situazione critica dovuta a una penuria di prodotti essenziali o al fine di porvi rimedio e quando gli interessi dell'Unione richiedono un'azione immediata”.

¹² Regolamento di esecuzione n. (UE) 2021/442, dell'11 marzo 2021, che subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione. Il regolamento è basato sull'art. 6 del regolamento n. 2015/479 che prevede che la misura di limitazione non sia più dettata dall'urgenza ma in ragione degli interessi dell'Unione.

dall'Unione, non solo in considerazione del loro volume, ma anche “di qualsiasi altra circostanza pertinente”.

Gli Stati dell'Unione non hanno abusato di questa possibilità di divieto di esportazione. Dall'inizio dell'applicazione dei regimi di autorizzazione al 24 marzo 2021, sono pervenute agli Stati membri complessivamente 380 richieste di esportazioni per 33 differenti destinazioni per un totale di circa 43 milioni di dosi e solo una di queste è stata rifiutata¹³. Si tratta di quella relativa all'esportazione di 250 mila dosi di vaccino AstraZeneca verso l'Australia respinta dal Governo italiano il 26 febbraio 2021¹⁴, per evidente assenza di urgenza di vaccini in tale paese.

Ciò nonostante, in termini prettamente giuridici, si scorge qualche elemento di attrito tra il regolamento base n. 2015/479 e i due regolamenti di esecuzione della Commissione. Infatti, mentre il primo costituisce sostanzialmente una disciplina volta a “prevenire una situazione critica dovuta a una penuria di prodotti essenziali e per porvi rimedio” (art. 5, par. 1 e art. 6, par. 1, lett. a)), le misure della Commissione sono piuttosto dirette ad assicurare l'esecuzione degli APA conclusi dall'Unione con i produttori di vaccini. È certo vero, ovviamente, che un rischio di penuria di prodotti essenziali può derivare da attuali o potenziali inadempimenti di contratti di fornitura stipulati con le imprese produttrici. Tuttavia, mentre il regolamento base, in caso di penuria implicherebbe un divieto di esportazione di *tutti* i vaccini presenti sul territorio dell'Unione a prescindere dall'impresa che li produce, i regolamenti della Commissione prevedono la possibilità di un divieto di esportazione solo per quei vaccini prodotti dalle imprese che rischiano di essere inadempienti rispetto agli APA conclusi. I regolamenti di esecuzione presentano dunque una natura ibrida e non priva di qualche incoerenza.

¹³ Per questi dati si veda Commissione europea, Press Release del 24 marzo 2021: ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1352.

¹⁴ Si veda la nota del Ministero degli esteri italiano del 4 marzo 2021: www.esteri.it/mae/it/sala_stampa/archivionotizie/comunicati/riciesta-di-autorizzazione-all-esportazione-di-vaccini-anti-covid-19-da-parte-di-astrazeneca.html. Viceversa, ancora abbastanza misteriosi sono l'origine e il destino delle 29 milioni di dosi AstraZeneca trovate dalla polizia italiana il 24 marzo 2021 nello stabilimento di Anagni. Si v. ad esempio: www.bloomberg.com/news/articles/2021-03-28/mystery-of-italian-town-s-29-million-shots-strains-eu-astra-ties. Peraltro, nel momento in cui si licenziano queste note è apparsa però la notizia di un possibile ulteriore blocco di esportazioni verso l'Australia di un contingente di 3,1 milioni di dosi del vaccino AstraZeneca.

Forse non completamente consapevole della parziale torsione delle finalità del regolamento n. 2015/479, la Commissione, sempre riferendosi ad esso, ha recentemente presentato una proposta per un terzo regolamento di esecuzione che contempla una importante *escalation* delle misure di blocco delle esportazioni di vaccini.

La proposta si muove su due cardini. Il primo è una riduzione dei Paesi verso i quali i precedenti regolamenti stabilivano un'esenzione dal regime di autorizzazione. Per la Commissione, infatti, i dati doganali dimostrano che le esportazioni soggette al meccanismo di autorizzazione possono essere incanalate attraverso paesi esentati dall'applicazione di tale meccanismo, non consentendo così il livello richiesto di trasparenza. Il secondo cardine, più rilevante in termini giuridici, consiste nell'introduzione di criteri aggiuntivi nella valutazione della concessione all'esportazione. Al riguardo, l'art. 2 della proposta di regolamento prevede che, accanto all'esame relativo agli effetti delle esportazioni sull'esecuzione degli APA (art. 2, lett. *a*)), l'autorità competente dello Stato membro verifichi altresì se l'autorizzazione all'esportazione non costituisca altrimenti una minaccia per la sicurezza dell'approvvigionamento nell'Unione (art. 2, lett. *b*). A tal fine, la medesima disposizione (par. 2) stabilisce che l'autorità competente debba valutare: *a*) se il Paese di destinazione limita le proprie esportazioni dei vaccini mediante disposizioni normative o altro mezzo, inclusa la conclusione di accordi con i produttori degli stessi; *b*) quali siano le condizioni pertinenti nel Paese di destinazione, compresa la situazione epidemiologica, il tasso di vaccinazione e la disponibilità di vaccini. Tali nuove condizioni sono spiegate dalla Commissione in ragione del fatto che dalle informazioni da essa raccolte emergeva che i fabbricanti dell'Unione avevano esportato notevoli quantità di beni coperti dal meccanismo di autorizzazione all'esportazione verso Paesi provvisti di una grande capacità di produzione propria, mentre questi Paesi limitano le proprie esportazioni verso l'Unione. Tale squilibrio avrebbe portato alle carenze di approvvigionamento all'interno dell'Unione¹⁵.

¹⁵ V. considerando n. 7 della proposta di regolamento. Secondo la Press release della Commissione del 24 marzo 2021 (cit.), le principali esportazioni includono il Regno Unito (con circa 10,9 milioni di dosi), il Canada (6,6 milioni), Giappone (5,4 milioni), Messico (4,4 milioni), Arabia Saudita (1,5 milioni), Singapore (1,5 milioni), Cile (1,5 milioni), Hong Kong (1,3 milioni), Corea (1 milione) e Australia (1 milione).

In sostanza, con l'ultimo progetto di regolamento, la Commissione propone agli Stati di verificare, in sede di valutazione della concessione dell'autorizzazione all'esportazione, due ulteriori condizioni, oltre a quella relativa all'assenza di minaccia per l'adempimento degli APA. In primo luogo, se sussiste reciprocità, ossia se lo Stato verso il quale è diretta l'esportazione dei vaccini prevede a sua volta la libertà di esportazione verso l'Unione dei vaccini prodotti sul suo territorio. E in secondo luogo, se l'esportazione di vaccini è proporzionata rispetto alla situazione della pandemia del Paese di destinazione.

La coerenza della proposta della Commissione con il regolamento base è discutibile. Il principio fondamentale al quale esso è ispirato è quello della libertà di esportazioni verso i Paesi terzi, che implica che esse non possano essere soggette a restrizioni quantitative, salvo le eccezioni applicate conformemente al regolamento stesso (art. 1). Certo, si potrebbe sostenere che l'introduzione dei parametri di reciprocità e proporzionalità nella valutazione delle esportazioni di vaccini risponde agli "interessi dell'Unione", concetto massimamente plasmabile evocato tra i criteri utilizzabili per l'individuazione delle misure di salvaguardia sia nell'art. 5 che nell'art. 6. Tuttavia, le considerazioni che ci sembrano di maggior rilievo si pongono più sul piano delle relazioni internazionali, che del puro diritto. Infatti, la nuova proposta di regolamento della Commissione non è più solo diretta ad affrontare la penuria di vaccini e/o indurre le industrie farmaceutiche ad adempiere ai loro impegni contrattuali, bensì delinea un vero e proprio strumento di politica commerciale nei confronti degli Stati terzi. È evidentemente questo il senso più pregnante della ricerca della reciprocità nella politica delle esportazioni di vaccini e della valutazione della proporzionalità dell'esportazioni dall'Unione rispetto al quadro epidemiologico e alla capacità produttiva di vaccini del paese di destinazione.

Ad oggi, la proposta della Commissione non ha ottenuto l'*imprimatur* politico degli Stati membri. Infatti questi ultimi, nelle conclusioni del Consiglio europeo del 25 marzo 2021 hanno, da un lato, ribadito l'importanza della trasparenza, del rispetto degli impegni presi da parte delle industrie farmaceutiche e dell'uso delle autorizzazioni all'esportazioni, ma dall'altro, hanno riconosciuto la necessità di preservare le "*global value chains*"¹⁶, ri-

¹⁶ Le conclusioni del 25 marzo 2021 affermano: "Accelerating the production, delivery and deployment of vaccines remains essential and urgent to overcome the crisis. Efforts to this end must be further intensified. We underline the importance of transparency as well as of the use of export authorisations. We recognise the importance of global value chains and reaffirm that companies must ensure predictability of their vaccine production and respect contractual delivery deadlines. We confirm the pro-rata population key for the allocation of vaccines. We invite the Committee of Permanent Representatives to address the issue of the

conoscimento che, con linguaggio diplomatico, esprime il desiderio di non intralciare la dinamica del commercio internazionale mediante divieti all'esportazione di natura bellicosa. Questo, almeno per ora.

speed of deliveries of vaccines when allocating the 10 million BioNTech-Pfizer accelerated doses in the second quarter of 2021 in a spirit of solidarity”.

Focus “La proposta di Patto su immigrazione e asilo”

L'IMMIGRAZIONE "LEGALE" NEL NUOVO PATTO SULLA MIGRAZIONE E L'ASILO

ALESSIA DI PASCALE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il nuovo Patto e l'immigrazione per motivi di lavoro: alla ricerca di competenze e talenti. – 3. La revisione della direttiva sui soggiornanti di lungo periodo. – 4. La revisione della direttiva sul permesso unico. – 5. La promozione dell'integrazione per la costruzione di società più inclusive. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Sin dall'avvio della competenza nel settore dell'immigrazione, la definizione delle condizioni di ingresso e soggiorno, la c.d. immigrazione legale (relativa ai canali di ingresso, tra l'altro, per lavoro, studio, ricongiungimento familiare) ha rappresentato uno dei settori ove l'azione dell'Unione europea è apparsa più difficoltosa, insidiata da particolarismi e nazionalismi. Risulta evidente come, in questo ambito di competenza ripartita, sia stata più incisiva l'influenza del tradizionale paradigma legato alla sovranità statale, in virtù del quale spetta allo Stato definire le condizioni di ingresso e il trattamento dello straniero nel proprio territorio. Prova ne è che l'ambito della migrazione legale è rimasto assoggettato alla procedura di cui all'art. 67 TCE (che prevedeva l'approvazione all'unanimità da parte del Consiglio, assegnando al Parlamento europeo un ruolo meramente consultivo) fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, a differenza di altri settori sottoposti alla procedura di co-decisione già nel 2004¹. E la scelta di una procedura decisionale, nel sistema dell'Unione, riflette un equilibrio sottostante. Nella vigenza del precedente art. 63 TCE, come modificato dal Trattato di Amsterdam, era perfino controversa l'esistenza di una competenza comunitaria nella materia dell'immigrazione per motivi di lavoro², tanto che il precedente Patto sull'immigrazione e l'asilo, promosso nel 2008 su iniziativa della presidenza francese, si premuniva di ri-

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Milano.

¹ V. art. 67 TCE e decisione del Consiglio 2004/927/CE, del 22 dicembre 2004, che assoggetta taluni settori contemplati dal titolo IV, parte terza del trattato che istituisce la Comunità europea alla procedura di cui all'articolo 251 di detto trattato. Per una ricostruzione dell'evoluzione delle procedure decisionali della politica di immigrazione si veda B. NASCIBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, p. 13 ss.

² S. PEERS, *Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, p. 219 ss.

cordare che “spetta a ciascuno Stato membro di decidere le condizioni di ammissione sul suo territorio dei migranti legali”³.

Non stupisce, quindi, che il quadro giuridico della politica di immigrazione legale si sia delineato, tra il 2003 e il 2016, in modo disorganico e frammentario⁴. Fallita l’approvazione della proposta relativa a una disciplina uniforme delle condizioni di ingresso e soggiorno per motivi di lavoro (subordinato ed autonomo)⁵, nel 2005 la Commissione europea optò per un’armonizzazione normativa solo in alcuni settori (lavoro altamente qualificato, stagionale, trasferimenti intrasocietari, ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi, e collocamento alla pari)⁶, lasciando pertanto ancora alle legislazioni nazionali la definizione delle condizioni di ingresso per la gran parte dei cittadini di Paesi terzi⁷. Altri ambiti di intervento significativi sono costituiti dalle norme relative al ricongiungimento familiare⁸ e allo *status* di soggiornate di lunga durata⁹, che tuttavia rappresentano strumenti di armonizzazione mini-

³ Consiglio europeo, *Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo*, doc n 13440/08, 16 ottobre 2008, punto I).

⁴ Sui diversi strumenti della politica di migrazione legale si vedano, tra i molti contributi, S. PEERS, E. GUILD, D. ACOSTA ARCARAZO, K. GRONENDJIK, V. MORENO-LAX, *EU Immigration and Asylum Law*, vol. 2, Leiden-Boston, 2012; G. CAGGIANO, *I percorsi giuridici per l’integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell’Unione e ordinamento nazionale*, Torino, 2014; S. CARRERA, A. GEDDES, E. GUILD, M. STEFAN (eds.), *Pathways towards legal migration into the EU. Reappraising concepts, trajectories and policies*, Brussels, CEPS, 2017; A. PITRONE, *Regimi speciali in materia di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi nell’Unione europea*, Napoli, 2018; P. DE BRUYCKER, *The EU policy on labour migration: how common it is and should it be?*, in C.U. DE SOUSA (ed.), *The relevance of migration for the 2030 Agenda for sustainable development. The Global Compact for safe, orderly and regular migration*, Lisboa, 2019, p. 160 ss.

⁵ COM(2001) 386 fin., dell’11 maggio 2001, proposta di direttiva del Consiglio relativa alle condizioni d’ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo. Dopo una prima lettura in seno al Consiglio, la proposta venne definitivamente abbandonata. Per un esame si veda K. GRONENDJIK, *Access of third-country nationals to employment under the new EC migration law*, in F. LAFERRIÈRE, H. LABAYLE, O. EDSTRÖM (sous la direction de), *La politique européenne d’immigration et d’asile: bilan critique cinq ans après le Traité d’Amsterdam*, Bruxelles, 2005, p. 41 ss.

⁶ La Commissione definì le proprie linee guida in tale settore nel Piano d’azione sulla migrazione economica (COM(2005) 669 def. del 21 dicembre 2005), adottato all’esito di una procedura di consultazione pubblica promossa con un libro verde (COM(2004) 811 def. dell’11 maggio 2005)

⁷ G. CAGGIANO, *L’integrazione europea ‘a due velocità’ in materia di immigrazione legale ed illegale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 105 ss.

⁸ Si veda, in particolare, P. MORI, *Brevi note sull’unità della famiglia e sul diritto al ricongiungimento familiare in Europa*, in A. ANNONI, P. MORI (a cura di), *I diritti delle famiglie migranti fra integrazione e tutela della diversità*, Torino, 2015, p. 89 ss.

⁹ A. DI STASI, R. PALLADINO, *La perdurante frammentarietà dello “statuto” europeo del*

ma, in quanto hanno lasciato ampi spazi di discrezionalità agli Stati membri.

Il processo di valutazione di queste norme ha messo in luce diverse criticità, pur in un quadro ritenuto dalla Commissione generalmente adeguato allo scopo¹⁰. Tuttavia, è di tutta evidenza che i canali di accesso diversi dalla protezione (ad eccezione del ricongiungimento familiare) oggi sono di fatto difficilmente percorribili nella gran parte degli Stati membri¹¹, rendendo quest'ultima lo strumento di elezione, con il rischio di snaturarne il contenuto. Un tema, quello legato soprattutto all'ingresso per lavoro, che anche in ragione delle vicende degli ultimi anni (primavera araba, conflitto in Siria, generale aumento delle migrazioni forzate), è apparso progressivamente secondario rispetto alla necessità di riforma del sistema Dublino e del sistema comune europeo di asilo. E, tuttavia, tutti gli ambiti del fenomeno migratorio sono strettamente interrelati e vanno considerati in maniera unitaria: come posto in luce dalla Commissione in più occasioni, questo implica il contemporaneo intervento per "potenziare vie d'accesso legali e sicure all'Europa, migliorare l'uso e l'attuazione degli strumenti esistenti nel settore migratorio, rafforzare il sistema europeo comune di asilo e continuare ad affrontare le cause profonde della migrazione"¹². L'esigenza di un assetto della materia dell'immigrazione organico, strutturato e tendenzialmente compiuto deriva anche dall'obiettivo fissato dal Trattato di

soggiornante di lungo periodo tra integrazione dei mercati ed integrazione politico-sociale, in Studi sull'integrazione europea, 2012, p. 375 ss.; P. DE PASQUALE, Il trattamento degli "stranieri lungo soggiornanti" fra libera circolazione e profili economici della parità di trattamento, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa, Torino, 2015, p. 31 ss.

¹⁰ ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/legal-migration/fitness-check_en

¹¹ Fino al 2015 il primo canale di ingresso nell'UE era rappresentato dal ricongiungimento familiare. Negli ultimi anni è aumentato sensibilmente il numero di primi permessi per lavoro, dovuto soprattutto alla forte immigrazione di cittadini ucraini, soprattutto verso i paesi dell'est Europa (solo la Polonia ha rilasciato nel 2019 quasi seicentomila primi permessi per lavoro a cittadini provenienti dall'Ucraina, più della metà dei permessi per primo ingresso per lavoro rilasciati in tutta l'Unione europea). Dati Eurostat, Residence permits - statistics on first permits issued during the year, disponibili su: ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Residence_permits_-_statistics_on_first_permits_issued_during_the_year#First_residence_permits_by_reason.

¹² Si vedano la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa, COM(2016) 197 def. del 6 aprile 2016 e la comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Ampliare l'offerta di percorsi legali verso l'Europa*, componente indispensabile di una politica migratoria equilibrata e globale, COM(2018)635 def. del 12 settembre 2018, presentata in occasione del discorso sullo stato dell'Unione 2018.

Lisbona di procedere alla definizione di una politica comune e non più ad una mera armonizzazione normativa¹³.

Una riflessione seria per il futuro, e coerente tra le diverse politiche dell'UE, appare pertanto imprescindibile, ma essa si scontra con le resistenze degli Stati, rinvenendo altresì un ulteriore limite implicito nella previsione secondo la quale l'attribuzione di una competenza all'Unione nella materia dell'immigrazione, non incide sul diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di Paesi terzi, provenienti da Paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo (art. 79, par. 5, TFUE)¹⁴.

Un approccio questo che non pare contraddetto nel Patto, ove la Commissione ha affrontato il tema dell'individuazione di canali di ingresso legale in maniera più marginale, specie con riferimento all'ingresso per motivi di lavoro. In particolare, la comunicazione illustrativa ha preannunciato che la migrazione legale verso l'UE sarà promossa attraverso un nuovo "pacchetto di competenze e talenti"¹⁵, che sarà presentato nel 2021, e che includerà una serie di modifiche legislative

Oggetto del presente contributo è, quindi, l'analisi delle proposte annunciate nel Patto in relazione alle condizioni di ingresso e soggiorno non legate alla protezione internazionale. Le modalità di ingresso sicure, per chi sia in cerca di protezione, sono state oggetto di un contributo del presente focus¹⁶, al quale si rinvia. Ci si soffermerà sulla riforma della direttiva sui lavoratori altamente qualificati e sull'individuazione di nuovi canali per attrarre competenze e talenti (par. 2). La Commissione ha, inoltre, prospettato la riforma della direttiva sui soggiornanti di lungo periodo (par. 3) e della direttiva sul permesso unico (par. 4). Rinnovato interesse è rivolto alla politica di integrazione, ritenuta essenziale per la costruzione di società più inclusive (par. 5). Infine, si trarranno alcune considerazioni conclusive in merito all'adeguatezza del quadro proposto e alle criticità che esso contiene (par. 6).

2. Il nuovo Patto prosegue, senza soluzione di continuità, il percorso

¹³ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, III ed., p. 564.

¹⁴ V. C. FAVILLI, *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 361 ss.

¹⁵ V. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, al Comitato delle regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, COM (2020) 609 fin., 23 settembre 2020.

¹⁶ M. BORRACETTI, *Le vie legali di accesso all'Unione nel nuovo Patto su asilo e migrazione della Commissione europea*, in *I Post* di AISDUE, II, in questo Focus.

tracciato negli ultimi anni sul tema dell'immigrazione per lavoro¹⁷: assente l'avvio di qualsiasi riflessione generale, l'attenzione resta essenzialmente incentrata sui lavoratori qualificati, come del resto di evince dal titolo del paragrafo "attirare competenze e talenti nell'UE", entro cui è affrontata la migrazione legale. In proposito, nella comunicazione, la Commissione ha sottolineato l'importanza di completare la riforma incompiuta della direttiva sulla Carta blu UE¹⁸, che definisce le condizioni d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi ai fini dello svolgimento di un'occupazione particolarmente qualificata (così ritenuta sulla base del possesso di qualifiche superiori in capo al lavoratore e del livello salariale previsto per l'occupazione in questione)¹⁹.

Nella sua formulazione la direttiva sulla Carta blu non è stata concepita per le esigenze del mercato del lavoro, né tantomeno si preoccupava di definire uno status con un complesso di diritti ai migranti altamente qualificati, bensì mirava a rendere più attraente, per tali categorie di lavoratori provenienti da tutto il mondo, l'Unione europea, sostenendone altresì la competitività e la crescita economica, anche in attuazione degli obiettivi definiti dalla strategia di Lisbona nel 2000²⁰. Frutto di un complesso negoziato, riflesso dei diversi approcci degli Stati membri rispetto all'immigrazione qualificata²¹, nonostante gli ambiziosi propositi, essa si è contrassegnata come uno strumento assai poco incisivo. In una relazione del 2014 la Commissione aveva pubblicato i dati precisi relativi all'iniziale attuazione²², da cui emergeva un bilancio piuttosto deludente. L'unico Stato ad aver ri-

¹⁷ Sul tema si vedano M. EVOLA, *I lavoratori di Stati terzi nel diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2018; F. L. GATTA, *Vie legali economiche e migrazione ai fini lavorativi: il ritardo della "politica comune" dell'Ue*, in *Diritto pubblico*, 2020, p. 33 ss.

¹⁸ Direttiva 2009/50/CE del Consiglio, del 25 maggio 2009, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati.

¹⁹ Per un'analisi della direttiva si veda K. HAILBRONNER, J. HERZOG-SCHMIDT, *Blue Card Directive 2009/50/EC*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II ed., 2016, p. 765 ss.

²⁰ Come rilevano S. KALANTARYAN, I. MARTIN, *Reforming the EU blue card as a labour migration policy tool?*, Migration Policy Centre, Policy Briefs, 2015/08, disponibile su: cadmus.eui.eu/handle/1814/35744, la direttiva sulla Carta blu non è stata concepita per le esigenze del mercato del lavoro dell'UE, bensì per migliorare la competitività europea attirando cittadini di paesi terzi altamente qualificati, ponendo condizioni salariali e di previa formazione alquanto restrittive. Di conseguenza, il numero di beneficiari è stato finora ridotto.

²¹ L. CERNA, *The EU Blue Card: preferences, policies, and negotiations between Member States*, in *Migration Studies*, 2013, p. 1 ss.

²² COM(2014)287 fin., del 22 maggio 2014, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente l'attuazione della direttiva 2009/50/CE sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati.

lasciato un considerevole numero di Carte blu risultava essere la Germania, con un totale di 14.197 nel solo anno 2013. Nella maggior parte degli altri paesi, invece, il numero si aggirava intorno al centinaio, con picchi negativi in Svezia (2), Finlandia (5) e Ungheria (3). Nemmeno l'Italia, con solo un centinaio di Carte blu rilasciate e dove peraltro permane comunque un regime nazionale di ingresso “fuori-quota” per i lavoratori qualificati²³, sembrava aver dato soddisfacente attuazione alle disposizioni europee. A distanza di un quinquennio, la situazione non è mutata in modo significativo. Nel 2019 risultavano emesse circa 36.000 carte blu, di cui quasi 29.000 in Germania, restando uno strumento del tutto marginale nella gran parte degli Stati membri²⁴. È chiaro, quindi, che, così come originariamente concepita, la *Blue Card*, nata sulla falsariga della *Green Card* americana, non è idonea a fare dell'Europa una meta attraente per i lavoratori più qualificati, mettendo in luce diversi profili di criticità (in particolare, condizioni di ammissione restrittive e l'esistenza di norme, condizioni e procedure parallele a livello nazionale)²⁵.

La presentazione di una proposta rivista, finalizzata ad aumentarne l'efficacia, era stata preceduta da una consultazione pubblica sulle politiche migratorie dell'Unione per i lavoratori altamente qualificati, svoltasi nell'estate del 2015²⁶. La revisione della direttiva era, poi, stata indicata fra le priorità già negli orientamenti politici per la futura Commissione europea, elaborati nel luglio 2014 dall'allora neominato presidente della Commissione J.-C. Juncker, come strumento per ovviare alla mancanza di competenze specifiche e attrarre talenti per gestire meglio le sfide demografiche dell'Unione europea²⁷. L'anno successivo l'Agenda europea sulla

²³ Art. 27, d. lgs. 286/1998.

²⁴ Eurostat, *EU Blue Cards by type of decision, occupation and citizenship*, disponibile su: appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_resbc1 (aggiornato al 29 ottobre 2020).

²⁵ Per una comparazione tra la *blue card* e la *green card* si veda R. BALL, *The blue card directive: The EU's green card?*, Paper presented at SLS Annual Conference, settembre 2010, disponibile su: uwe-repository.worktribe.com/output/983129.

²⁶ *Summary of replies to the public consultation on the EU blue card and the EU labour migration policies for highly skilled workers*, Commissione europea, 2016, disponibile su: ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-is-new/public-consultation/2015/docs/consultation_029/summary_of_replies_to_the_public_consultation_en.pdf.

²⁷ “È mia intenzione promuovere una nuova politica europea sulla migrazione legale, che potrebbe contribuire a ovviare alla mancanza di competenze specifiche e ad attrarre talenti per gestire meglio le sfide demografiche dell'Unione europea. Voglio che il potere di attrazione dell'Europa diventi perlomeno equivalente a quello delle destinazioni più ambite, come l'Australia, il Canada e gli Stati Uniti. Per prima cosa intendo riesaminare la normativa sulla “Carta blu” e ovviare al suo livello insufficiente di attuazione”. J.-C. JUNCKER, *Un nuovo inizio per l'Europa. Il mio programma per l'occupazione, la crescita, l'equità e il cambiamento democratico*.

migrazione aveva riconfermato la Carta blu come uno degli strumenti principali per potenziare i canali di ingresso e soggiorno legale nell'Unione europea²⁸.

Così nel 2016, la Commissione aveva presentato una proposta di modifica²⁹, che tentava di superare i limiti intrinseci della direttiva 2009, legati alla sua finalità originaria. La proposta prevede un unico sistema a livello europeo³⁰, in sostituzione degli attuali regimi nazionali paralleli per il lavoro altamente qualificato, che peraltro diviene "altamente specializzato", così da prendere in considerazione l'esperienza professionale equivalente alla formazione formale. Il nuovo strumento promuove, inoltre, la mobilità all'interno dell'Unione europea semplificando le procedure; riduce la soglia salariale per l'accesso allo strumento, che gli Stati membri possono adeguare ai mercati del lavoro nazionali, nonché per i lavoratori di settori con scarsità di manodopera e per i neo-laureati di paesi terzi (coerentemente anche alla dir. 2016/801³¹ che consente ai cittadini di paesi terzi laureati nell'UE di restare per cercare un lavoro nello Stato membro ospitante per almeno nove mesi). In aggiunta, colmando una lacuna rilevante, prevede che possano chiederne il rilascio anche i titolari di protezione internazionale altamente qualificati. La proposta rafforza, inoltre, i diritti dei titolari della Carta blu, consentendo loro una via d'accesso più rapida allo *status* di soggiornante di lungo periodo (riduzione a tre anni, in caso di soggiorno in unico Stato membro) e un accesso immediato e più flessibile al mercato del lavoro (viene introdotta la figura del "datore di lavoro autorizzato" e scompare la previa autorizzazione scritta delle autorità competenti al cambio di datore di lavoro nei primi due anni) e dei loro familiari.

Nonostante l'enfasi posta sulla revisione della direttiva, quale strumen-

Orientamenti politici per la prossima Commissione europea. Discorso di apertura della plenaria del Parlamento europeo, 15 luglio 2014, p. 10, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_it.pdf.

²⁸ COM(2015) 240 def. del 13 maggio 2015, comunicazione della commissione al parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Agenda europea sulla migrazione*.

²⁹ COM(2016) 378 def. del 7 giugno 2016, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente specializzati.

³⁰ Ai sensi dell'art. 3, par. 4, della proposta "Gli Stati membri non rilasciano permessi diversi dalla Carta blu UE ai cittadini di paesi terzi ai fini dell'esercizio di un lavoro altamente specializzato. Agli Stati membri resta consentito il rilascio di permessi nazionali solo ai cittadini di paesi terzi che non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva.

³¹ Direttiva (UE) 2016/801 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi, e collocamento alla pari.

to cruciale nel settore della migrazione legale, è mancato un diffuso consenso politico da parte degli Stati membri e dal 2017 i negoziati hanno attraversato una fase di stallo. In particolare, la possibilità di considerare equivalente il riconoscimento dell'esperienza professionale ai titoli di studio, nonché di mantenere regimi nazionali paralleli, sono apparsi i profili di maggiore contrasto. Nel gennaio 2019 la presidenza rumena aveva presentato un pacchetto di compromesso in vista del proseguimento dei negoziati, rimasto tuttavia senza seguito. Peraltro, i parlamenti di due Stati membri (Repubblica ceca e Bulgaria) avevano espresso parere negativo anche in relazione al rispetto del principio di sussidiarietà³². La Comunicazione è, pertanto, tornata sul tema invitando il Parlamento e il Consiglio a concludere rapidamente i negoziati (nella *roadmap* che accompagna il Patto ne era stata ipotizzata la definizione entro la fine del 2020) e ribadendo la necessità di superare un approccio restrittivo rispetto ai suddetti profili, in quanto pur riconoscendo l'esistenza di differenze tra i mercati del lavoro e comprendendo il desiderio di mantenere regimi nazionali adatti alle esigenze specifiche di ciascuno, la "riforma deve anche apportare un reale valore aggiunto dell'UE nell'attrarre persone qualificate attraverso uno strumento efficace e flessibile a livello di UE". Ad ottobre il Parlamento ha deciso di riprendere i lavori sul dossier nominando un nuovo relatore in sostituzione del precedente (Claude Moraes) britannico e il 10 dicembre si è svolta una riunione, sotto l'egida della presidenza tedesca, in cui i rappresentanti delle tre istituzioni hanno dichiarato di aver "fatto progressi verso un accordo politico sugli elementi chiave della riforma" e di essere "fiduciosi che possa essere raggiunto nei prossimi mesi"³³. Sarà, pertanto, interessante vedere se l'impulso suscitato dal Patto sarà capace di imprimere rinnovato slancio ai negoziati, superando così quei profili di intransigente contrasto.

Sempre con l'obiettivo di attrarre i lavoratori più promettenti, e di non perdere "la corsa per attirare la corsa mondiale per attirare talenti", il Patto propone di istituire due nuovi strumenti: una piattaforma per le assunzioni internazionali ("*talent pool*") e i partenariati per attirare i talenti ("*talent partnerships*"). Attraverso la piattaforma i cittadini di Paesi terzi qualificati potrebbero esprimere il loro interesse a migrare nell'UE e potrebbero essere individuati dai datori di lavoro in base alle loro esigenze. Nell'ambito della cooperazione con i Paesi terzi, i partenariati sarebbero istituiti con il

³² In merito ai rilievi espressi dai parlamenti nazionali si veda: secure.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20160378.do.

³³ *European Parliament, Council Presidency and Commission make progress towards a political agreement on new EU rules for attracting highly qualified employees from third countries*, 10 dicembre 2020, comunicato stampa, disponibile su: ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_20_2386.

duplice obiettivo di contribuire a soddisfare le esigenze di manodopera e di competenze nell'UE e di coinvolgere strategicamente i paesi partner in materia di migrazione. Essi metterebbero in relazione i lavoratori qualificati, i datori di lavoro, le parti sociali, le istituzioni del mercato del lavoro, l'istruzione e la formazione attraverso un'attività di sensibilizzazione dedicata e la costruzione di una rete di imprese coinvolte. La Commissione ha preannunciato l'organizzazione di una conferenza ad alto livello con gli Stati membri e le principali parti interessate dell'UE per presentare quest'ultima iniziativa. Al momento, infatti, non vi è alcuna indicazione su come saranno sviluppati questi strumenti, su chi li attuerà o su come entreranno a far parte degli accordi con i Paesi terzi. In tale ambito si inserisce, anche, la consultazione pubblica promossa dalla Commissione tra settembre e dicembre con l'obiettivo, tra l'altro, di avanzare nuove proposte per aumentare l'attrattiva dell'UE e agevolare l'incontro tra domanda e offerta di competenze³⁴.

3. Uno degli strumenti più significativi elaborati nel settore della c.d. migrazione legale è rappresentato dalla direttiva 2003/109/CE³⁵, la quale in attuazione degli obiettivi definiti nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, e che indicavano l'opportunità di garantire a coloro che fossero in possesso di un permesso di lunga durata una serie di diritti uniformi il più possibile simili a quelli di cui beneficiano i cittadini dell'UE³⁶, aveva disciplinato il conferimento, la revoca e i diritti relativi allo *status* di soggiornante di lungo periodo. Solo quasi dieci anni dopo, con la direttiva 2011/51/UE³⁷, ne era stato esteso l'ambito di applicazione anche ai beneficiari di protezione internazionale, originariamente esclusi. La direttiva 2003/109 aveva perseguito un duplice obiettivo: da un lato l'armonizzazione delle norme e pratiche nazionali sul riconoscimento dello *status* di residente di lungo periodo per i cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti da almeno cinque anni sul territorio di uno Stato membro, dall'altro lato, la definizione delle condizioni alle quali essi possono soggiornare in uno Stato membro dell'Unione diverso da quello in cui hanno ottenuto tale *status*. Essa consente l'acquisto di uno *status* permanente, a

³⁴ La consultazione pubblica si è conclusa il 30 dicembre 2020. Cfr.: ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12594-Public-consultation-on-legal-migration/public-consultation.

³⁵ Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

³⁶ Consiglio europeo di Tampere 15 e 16 ottobre 1999, conclusioni della Presidenza.

³⁷ Direttiva 2011/51/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2011, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio per estenderne l'ambito di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale.

meno che non venga revocato in presenza di uno dei presupposti specificamente previsti, contraddistinto tra l'altro da una tutela rafforzata contro le misure di allontanamento. Lo *status* di soggiornante di lungo periodo si caratterizza per l'equiparazione con il trattamento spettante ai cittadini nazionali sotto diversi aspetti regolati all'art. 11, avendo tuttavia gli Stati membri diverse facoltà di limitazione di tali diritti (cfr., in particolare, l'art. 11, parr. 2 e 3). In questo tentativo di ravvicinamento dello *status* di lungo soggiornante con quello dei cittadini degli Stati membri è stato rinvenuto un processo evolutivo verso una nuova forma di "cittadinanza di residenza" o "cittadinanza civile" per i cittadini di stati terzi³⁸.

Sulla base dell'art. 24 della stessa (che stabilisce l'obbligo di relazione periodica della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo), il recepimento della direttiva negli Stati membri è stato oggetto di due rapporti della Commissione, a distanza di circa un decennio. Nella prima relazione del 2011³⁹, era stata rilevata una generale disinformazione fra i cittadini di paesi terzi quanto alla *status* di soggiornante di lungo periodo dell'UE e ai diritti ad esso connessi, così come molte carenze nel recepimento della direttiva nella legislazione nazionale (ad esempio un'interpretazione restrittiva del suo campo d'applicazione, condizioni supplementari d'ammissione, oneri amministrativi elevati, ostacoli alla mobilità all'interno dell'UE, indebolimento del diritto alla parità di trattamento e della tutela contro l'allontanamento). La relazione del 2011 ha posto l'accento sull'impatto limitato avuto dalla direttiva in molti Stati membri: sono stati rilasciati pochi permessi di cui l'80% da soli quattro Stati membri (Estonia, Austria, Repubblica ceca e Italia). In Francia e Germania avevano ottenuto il permesso solo 2 000 cittadini di Paesi terzi. Dalla seconda relazione⁴⁰ emergeva

³⁸ Come rileva B. NASCIBENE, *Le droit de la nationalité et le droit des organisations d'intégration régionales Vers de nouveaux statuts de résidents ?*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 367, Leiden-Boston, 2014, p. 322, "c'est la résidence, et non pas la nationalité, comme nous le dirons par la suite en examinant l'extension des droits en faveur de ressortissants de Pays tiers, qui assume une importance décisive: pour certains droits c'est l'élément territorial qui représente la condition ou le fondement, et pas nécessairement l'appartenance à une communauté nationale". V. anche D. ACOSTA ARCARAZO, *Civic Citizenship Reintroduced? The Long-Term Residence Directive as a Post-National Form of Membership*, in *European Law Journal*, 2015, p. 200 ss.; A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e parabola evolutiva della cittadinanza*, 2018, p. 1 ss.

³⁹ COM(2011) 585 fin., del 28 settembre 2011, relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo,

⁴⁰ COM (2019) 161 def. del 29 marzo 2019, relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

che nel 2017, nonostante un aumento generale dei permessi per soggiorno di lunga durata (3.055.411 permessi, quasi triplicati rispetto al 2008), gli stessi quattro Paesi registravano una percentuale ancora più elevata di permessi rilasciati (90%), dei quali il 73% è stato emesso solo dall'Italia. Alla base di queste sensibili differenze si rinviene anche la circostanza che in molti Paesi lo *status* dell'UE coesiste con status nazionali, che gli Stati membri continuano a favorire non rilasciando il permesso dell'UE se non viene espressamente richiesto⁴¹, il che solleva evidentemente profili di contrasto quanto al rispetto dell'effetto utile della direttiva⁴². Al contrario, l'Italia ha sostituito in via esclusiva la carta di soggiorno preesistente con il permesso di soggiorno UE di lunga durata.

La Commissione ha, in ogni caso, rilevato un miglioramento dello stato di attuazione della direttiva sui soggiornanti di lungo periodo dal 2011, anche in seguito ai numerosi procedimenti di infrazione avviati dalla Commissione (in gran parte riferiti all'entità degli oneri pecuniari associati alla presentazione della domanda di permesso, nonché alle risorse possedute dal richiedente) e alle pronunce della Corte di giustizia.

L'aspetto forse più critico attiene, però, proprio a quello che si configurava come l'elemento maggiormente innovativo, ovvero la possibilità per il soggiornante di lungo periodo di trasferirsi in un altro Stato membro, introdotto per la prima volta proprio da questa direttiva. E così nella relazione del 2019, la Commissione rilevava che "il modo in cui la maggior parte degli Stati membri ha attuato le disposizioni della direttiva in materia di mobilità all'interno dell'UE non ha apportato un contributo effettivo alla realizzazione del mercato interno dell'UE", essendo pochissimi i cittadini di paesi terzi che hanno esercitato questa facoltà. Tra le cause di tale insuccesso rientra, probabilmente, la circostanza che l'esercizio di tale diritto è spesso sottoposto a diverse condizioni, quali quelle applicabili al rilascio del primo permesso. In particolare, occorre ricordare che in virtù dell'art. 14, par. 4, gli Stati membri possono limitare il numero totale di persone che possono rivendicare il diritto di soggiorno, a condizione che tali limitazioni fossero già previste per l'ammissione di cittadini di Paesi terzi dalla legislazione vigente al momento dell'adozione della direttiva. È il caso ad esempio dell'Italia, che fa rientrare il numero di permessi rilasciabili a soggiornanti di lungo periodo provenienti da altri Stati membri, nell'ambito del decreto flussi annuale, cosicché negli ultimi anni tale possibilità è stata

⁴¹ Nel 2017, nei 25 Stati membri vincolati dalla direttiva erano presenti circa 3,1 milioni di cittadini di paesi terzi titolari di un permesso di lunga durata dell'UE, rispetto ai 7,1 milioni titolari di un permesso di residenza di lungo periodo nazionale. Dati Eurostat, http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_reslong&lang=en.

⁴² K. HAILBRONNER, D. THYM, *EU Immigration and Asylum Law*, cit., p. 497.

limitata a qualche centinaio di permessi per il trasferimento in Italia⁴³. Senza contare, poi, che i prevalenti permessi nazionali di lunga durata non consentono il trasferimento in altri Stati membri.

Come sottolineato nel Patto, la direttiva attualmente risulta, quindi, sottoutilizzata e non conferisce un diritto effettivo alla mobilità all'interno dell'UE. La Commissione ne propone, pertanto, una revisione con l'obiettivo "di creare un vero e proprio *status* di soggiornante di lungo periodo nell'UE, in particolare rafforzando il diritto di chi vi rientra di spostarsi e lavorare in altri Stati membri". Non sono forniti dettagli ulteriori in merito ai profili di intervento rispetto alla disciplina attuale. Occorrerà pertanto attendere la presentazione della proposta di revisione prevista entro la fine del 2021. Un'ulteriore modifica, contenuta in tal caso nella proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione⁴⁴, dovrebbe consentire ai beneficiari della protezione internazionale di ottenere lo *status* di soggiornanti di lungo periodo dopo tre anni di soggiorno legale e ininterrotto in tale Stato membro. La riduzione del termine quinquennale mira a incentivare i titolari di protezione a rimanere nello Stato membro che l'ha riconosciuta, con ciò riducendo i cc.dd. movimenti secondari.

4. Un altro strumento sul quale il Patto preannuncia un intervento della Commissione nei prossimi mesi è costituito dalla direttiva 2011/98/UE (c.d. direttiva quadro), applicabile ai cittadini di Paesi terzi che chiedono di soggiornare o sono stati ammessi in uno Stato membro a fini lavorativi, nonché a quelli ammessi a fini diversi, ma ai quali è consentito lavorare (art. 3, par. 1)⁴⁵. La direttiva, che non si applica ai lavoratori autonomi, ha introdotto una procedura unica di domanda volta al rilascio di un titolo combinato, comprensivo del permesso di soggiorno e di lavoro in un unico atto amministrativo, ed un complesso di diritti uniformi (essenzialmente in ambito economico e sociale) con l'obiettivo di ravvicinare lo *status* giuridico dei cittadini di Paesi terzi legalmente residenti negli Stati membri a quello dei cittadini. Essa non introduce condizioni di ingresso uniformi, in quanto è fatta salva la competenza degli Stati membri a regolamentare

⁴³ Si veda d.p.c.m. del 7 luglio 2020.

⁴⁴ Cfr. art. 71 COM/2020/610 fin. del 23 settembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione].

⁴⁵ Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro.

l'ingresso, anche in termini di volumi, di cittadini di Paesi terzi ammessi a fini lavorativi (considerando n. 6, art. 1, par. 2, dir. 2011/98, coerentemente a quanto previsto dall'art. 79, par. 4, TFUE).

La prima relazione pubblicata dalla Commissione nel 2019 sul recepimento della direttiva⁴⁶ ha posto in luce l'esistenza di alcuni problemi relativi alla procedura, nonché ai vari passaggi amministrativi richiesti, al tempo necessario per ottenere l'autorizzazione a entrare nel mercato del lavoro (in alcuni Stati membri i permessi non sono rilasciati mediante un unico atto amministrativo; i regimi nazionali applicabili prevedono invece la molteplice presentazione di documenti e/o lunghe procedure), nonché al rispetto di talune garanzie procedurali (mancata comunicazione per iscritto dei motivi del diniego, dell'autorità presso cui può presentare ricorso e dei relativi termini), rilevando altresì una mancanza di informazioni, tra i cittadini di paesi terzi, sulla possibilità di ottenere un permesso unico e sui diritti da esso derivanti.

Più positiva la valutazione quanto alle clausole di parità di trattamento, in quanto appare che sono state rispettate dalla maggior parte degli Stati membri e solo in pochi casi si è ricorso alle disposizioni che permettono la limitazione di taluni diritti, in questo senso mitigando le criticità che erano state manifestate rispetto al rischio di frammentazione dei diritti sociali⁴⁷. Le carenze rilevate attengono piuttosto all'interpretazione restrittiva delle disposizioni in materia di parità di trattamento in alcuni Stati membri.

Nel Patto si preannuncia, pertanto, una revisione della direttiva in ragione principalmente dei limiti riscontrati quanto alla semplificazione delle procedure di ammissione per tutti i lavoratori di Paesi terzi. Tale ultima specificazione non appare chiara. Nelle spiegazioni relative al contenuto del Patto, la Commissione ha puntualizzato che la direttiva sul permesso unico sarà rivista al fine di garantire l'armonizzazione delle condizioni di ammissione e di soggiorno per i lavoratori che non rientrano nella categoria "altamente qualificati", con l'intento di facilitare l'ammissione nell'UE di lavoratori con diversi livelli di competenze e promuoverne la loro mobilità all'interno dell'UE, in modo che la migrazione della manodopera possa

⁴⁶ COM/2019/160 fin., del 19 marzo 2019, relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla direttiva 2011/98/UE relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro.

⁴⁷ A. BEDUSCHI, *An Empty Shell? The Protection of Social Rights of Third-Country Workers in the EU after the Single Permit Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2015, p. 210 ss.

contribuire meglio a colmare le carenze di manodopera e di competenze in settori chiave dell'economia dell'UE⁴⁸.

Queste indicazioni lasciano intravedere un intervento non solo sul piano procedurale, ma anche sostanziale, con riferimento alle condizioni di ammissione per i lavoratori non qualificati, di cui si sarebbe consentita la mobilità. Sarebbe evidentemente un cambiamento significativo e radicale, che incontrerebbe probabilmente la resistenza degli Stati membri, come già avvenuto in passato, e del resto non sembra si rinvengano indicazioni in tal senso in altri documenti. Pertanto, anche su questo aspetto, occorrerà attendere la presentazione della proposta (anch'essa prevista per la fine del 2021) per meglio comprendere il perimetro effettivo dell'intervento.

5. Tra le misure proposte con il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo rileva anche la predisposizione di un nuovo piano di azione per promuovere l'integrazione e l'inclusione dei migranti.

Non contemplata dal Trattato di Amsterdam, la competenza nella materia dell'integrazione dei cittadini di Paesi terzi è stata menzionata per la prima volta dal trattato di Lisbona, con l'introduzione di una base giuridica esplicita. Si tratta, tuttavia, di una competenza limitata a misure che si qualificano come complementari o di sostegno alle attività degli Stati membri⁴⁹. Come recita testualmente l'art. 79, par. 4, TFUE, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri⁵⁰. La definizione del quadro giuridico rientra, quindi, nelle competenze di ogni singolo Stato membro, che può adottare un approccio diverso, seppur entro un quadro politico alla cui definizione l'Unione europea ha fornito numerosi spunti in questi anni.

Ciò non toglie che la materia dell'integrazione sia assai ampia ed anche il complesso di diritti riconosciuti ai cittadini di Paesi terzi ne siano una componente, i quali rinvengono la loro base giuridica piuttosto nell'art. 79, par. 1, TFUE, su cui sono state adottate le diverse direttive nel settore della

⁴⁸ *New Pact on Migration and Asylum: Questions and Answers*, disponibile su: ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_1707#employment.

⁴⁹ Comunicazione della Commissione, del 16 ottobre 2019, *Relazione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione*, COM (2019) 481 fin. Si vedano i rilievi di M. BORRACCETTI, *L'integrazione dei migranti tra politiche europee, azioni e tutela dei diritti*, in *Diritto pubblico*, 2020, p. 15 ss.

⁵⁰ Y. PASCOU, T. STRIK, *Which Integration Policies for Migrants? Interaction between the EU and its Member States*, Nijmegen, 2012

migrazione legale ed in particolare la direttiva 2003/109⁵¹, che aveva tra le sue finalità l'integrazione dei cittadini di paesi terzi stabilitisi a titolo duraturo negli Stati membri⁵²

Il tema si è posto in maniera specifica all'attenzione dell'Unione europea dal 1999, allorché il Consiglio europeo di Tampere, nel definire il primo programma quinquennale dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sottolineò l'importanza di predisporre una politica più incisiva di integrazione dei cittadini di Paesi terzi, volta a garantire parità di diritti ed obblighi, rispetto a quelli spettanti ai cittadini europei. Il tema fu, poi, affrontato specificamente solo nella fase finale di attuazione di quel primo programma pluriennale⁵³, rivestendo però da allora un interesse crescente. Il successivo programma dell'Aia del 2004, nel rimarcare la necessità di un maggiore coordinamento tra le politiche nazionali di immigrazione e le iniziative europee, pose infatti il miglioramento dell'integrazione tra gli obiettivi principali. Nel novembre di quello stesso anno, il Consiglio adottò i *Principi Fondamentali Comuni* ("PFC") in materia d'integrazione⁵⁴, poi sviluppati dalla Commissione europea *nell'Agenda Comune per l'Integrazione*⁵⁵. I PFC fornivano una prima definizione di cosa si intende per integrazione nell'UE, oltre ad identificare gli obiettivi ed alcune azioni chiave per conseguirli, con l'intento però solo di assistere gli Stati membri nella formulazione delle proprie politiche di integrazione, offrendo una guida di natura facoltativa, confermata anche dalla successiva *Agenda europea sull'integrazione*. Nell'identificare le azioni per dare attuazione ai PFC, la comunicazione ribadiva, infatti, che si trattava di suggerimenti né esaustivi, né vincolanti, e che gli Stati membri erano liberi di fissare le proprie priorità a

⁵¹ K. GRONENDJIJK, *Legal Concepts of Integration in EU Migration Law*, in *European Journal of Migration and Law*, 2004, p. 111 ss.

⁵² Considerando n. 4.

⁵³ La riunione del Consiglio GAI dell'ottobre 2002 affrontò il tema dell'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti e costituì la prima occasione in cui il Consiglio sostenne l'opportunità della creazione di un quadro europeo per l'integrazione. Uno dei principali risultati fu la creazione della rete europea di punti nazionali di contatto sull'integrazione (NCPI). Il momento più importante è però proprio il 2004, quando la Commissione presentò la prima relazione annuale su immigrazione e integrazione (luglio 2004) e il primo Manuale sull'integrazione (novembre 2004).

⁵⁴ Consiglio GAI del 29 novembre 2004. I principi non contengono alcun riferimento alla cittadinanza, ma l'affermazione che la partecipazione alla vita civica e l'accesso a beni e servizi pubblici, in maniera equa rispetto ai cittadini, possano favorire l'integrazione. Vedere principi n. 6 e n. 8.

⁵⁵ COM(2005) 389 fin., del 1° settembre 2005, comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Un'agenda comune per l'integrazione, Quadro per l'integrazione dei cittadini di paesi terzi nell'Unione europea.

livello nazionale, alla luce delle rispettive situazioni e tradizioni. Alla base della concezione europea di integrazione risiede la convinzione che “l’integrazione è un processo dinamico e bilaterale di adeguamento reciproco da parte di tutti gli immigrati e di tutti i residenti degli Stati membri”⁵⁶. Un processo che richiede, quindi, la partecipazione di tutti gli immigrati che hanno diritti e doveri nei confronti del nuovo paese di residenza. L’enfasi sui doveri dei migranti, in particolare quanto al rispetto delle leggi dei paesi ospiti, fu posta dal ricordato primo Patto sulla migrazione e l’asilo del 2008.

Si sono poi succedute in una nuova agenda per l’integrazione⁵⁷, che ha definito gli orientamenti per il periodo 2011-2015, ed un successivo piano d’azione sull’integrazione per il periodo 2016-2020⁵⁸.

Si può quindi affermare che, a partire dal 2002, il quadro UE nella materia si è sviluppato in maniera lenta, ma progressiva, componendosi oggi di un cospicuo numero di strumenti. Oltre ai già citati PFC, vanno ricordate diverse edizioni di un manuale per l’integrazione, destinato alle autorità politiche e alle organizzazioni che si occupano di integrazione, l’elaborazione di indicatori per misurare l’integrazione⁵⁹, la creazione di *Punti Nazionali di Contatto sull’Integrazione* (“NCPI”), uno specifico sito web, il Forum europeo sull’Integrazione, nonché della *Rete europea per l’integrazione* (“EIN”) che riunisce rappresentanti delle autorità pubbliche nazionali, e principalmente dei ministeri responsabili dell’integrazione dei migranti, di tutti i 27 Stati membri dell’UE, nonché di Islanda e Norvegia. Nell’ambito dell’integrazione dei rifugiati nel mercato del lavoro, nel 2017 la Commissione ha istituito un partenariato europeo per l’integrazione con le parti economiche e sociali, che è stato recentemente rinnovato⁶⁰. Ma nell’assenza espressa di una competenza legislativa, questa visione si è tradotta nell’adozione di atti atipici (comunicazioni, piani d’azione, manuali),

⁵⁶ Principio fondamentale Comune n. 1.

⁵⁷ COM(2011) 455 fin., del 20 luglio 2011, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Agenda europea per l’integrazione dei cittadini di paesi terzi*.

⁵⁸ COM(2016) 377 def. del 7 giugno 2016, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Piano d’azione sull’integrazione dei cittadini di paesi terzi*.

⁵⁹ Dichiarazione della Conferenza ministeriale europea sull’integrazione, Saragozza, 15 e 16 aprile 2010.

⁶⁰ Cfr. Joint statement by the European Commission and Economic and Social Partners “Renewal of the European Partnership for Integration, offering opportunities for refugees to integrate in the European labour market”, 5 settembre 2020, disponibile su: ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/legal-migration-policy/joint-statement-commission-economic-social-partners-renewal-european-partnership-integration.pdf.

specificatamente qualificati come non vincolanti, riconducibili alla c.d. *soft-law*⁶¹, e in un sistema operativo multilivello che ha dato vita a meccanismi di *governance*, ispirati al c.d. metodo di coordinamento aperto, con il contemporaneo coinvolgimento di una pluralità di attori: Commissione europea, la rete di Punti Nazionali di Contatto sull'Integrazione, il *Migration Policy Group*, diverse reti sovranazionali e autorità locali e regionali.

In questo quadro si inserisce, quindi, il nuovo piano di azione sull'integrazione e l'inclusione per il periodo 2021-2027, preannunciato nel Patto ed effettivamente adottato a novembre⁶². Esso era stato preceduto da una consultazione pubblica promossa dalla Commissione lo scorso luglio per raccogliere opinioni su nuove azioni che avrebbero potuto essere intraprese a livello europeo⁶³. La Commissione aveva, inoltre, pubblicato un invito a presentare candidature per la costituzione di un gruppo di esperti composto da persone provenienti da un contesto migratorio, le quali dovrebbero partecipare allo sviluppo e all'attuazione delle politiche in materia di migrazione, asilo e integrazione. Il coinvolgimento di migranti, richiedenti asilo e rifugiati è ritenuto essenziale per rendere le politiche più efficaci ed adeguate alle reali esigenze. Ed in effetti il nuovo Piano, basato su quello precedente, con l'intenzione di migliorare alcuni aspetti critici delineati nel documento di accompagnamento⁶⁴, segna un ampliamento del perimetro dell'integrazione. Rispetto alle ricordate precedenti iniziative, circoscritte ai soli cittadini di Paesi terzi, esso si rivolge anche ai cittadini UE (naturalizzati o nuove generazioni) provenienti da un contesto migratorio. Tutto ciò in ragione della circostanza che ai circa 34 milioni di cittadini di Paesi terzi abitanti dell'UE (circa l'8% della popolazione), si aggiunge un 10% dei giovani (di età compresa tra 15 e 34 anni) nati nell'UE da almeno un genitore originario di un Paese terzo. Si tratta, tuttavia, di un approccio, non scevro da critiche, quanto al rischio di stigmatizzazione dei cittadini dell'Unione di origine non-UE⁶⁵ (i quali, come lo stesso piano di

⁶¹ G. CAGGIANO, *L'integrazione dei migranti fra soft-law e atti legislativi: competenze dell'Unione europea e politiche nazionali*, in ID., *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, II ed., p. 175 ss.

⁶² COM(2020) 758 fin. del 24 novembre 2020, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027*.

⁶³ *Report on the consultation on the integration and inclusion of migrants and people with a migrant background*, Rapporto finale, novembre 2020, disponibile su: ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/summary/summary_of_consultations_in_view_of_the_action_plan_on_integration_and_inclusion.pdf.

⁶⁴ SWD(2020) 290 def. del 24 novembre 2020, documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la comunicazione.

⁶⁵ G. MANCA, *The new Action Plan on Integration and Inclusion: Promising Elements, Rising Expectations*, 11 dicembre 2020, disponibile su: ecre.org/op-ed-the-new-action-plan.

azione puntualizza, beneficiano in ogni caso dei diritti spettanti ai sensi degli artt. 20 e 21 TFUE), e che peraltro esula dalla base giuridica costituita dall'art. 79, par. 4, TFUE, espressamente riferita ai soli cittadini di paesi terzi.

Se ne estende anche la durata (7 anni), ancorandola quindi al nuovo programma finanziario pluriennale, nel cui ambito dovrebbero essere promosse maggiori opportunità di finanziamento. Si prevede, in ogni caso, una revisione di metà periodo (nel 2024).

Particolarmente interessante è l'analisi delle disuguaglianze, in termini di accesso, tra autoctoni e persone di origine straniera, in relazione a diversi settori della vita sociale su cui esso si focalizza, ovvero istruzione, lavoro, salute, alloggio e che segnala, nonostante le numerose iniziative di questi anni, il persistere di significative differenze tra i due gruppi. Il piano d'azione cerca di promuovere un approccio più individualizzato, che tenga conto della combinazione di caratteristiche personali, come il genere (su cui si incentra un'attenzione particolare), l'origine razziale o etnica, la religione o le convinzioni personali, l'orientamento sessuale e le disabilità, "che possono rappresentare sfide specifiche per i migranti". In tal senso, la scelta di includere nel già ampio gruppo di soggetti partecipanti all'elaborazione delle azioni nel settore dell'integrazione anche i cittadini di origine straniera, oltre ad ampliare ulteriormente il novero di attori già coinvolti nei processi, potrà auspicabilmente portare all'elaborazione di azioni più adeguate ed efficaci.

6. L'esame degli interventi prospettati dalla Commissione nel Patto, in relazione al settore della migrazione legale, conferma quanto già rilevato con riferimento ad altri ambiti d'azione⁶⁶, e si risolve nella sostanziale contraddizione rispetto allo slogan "*a fresh start*"⁶⁷, con cui è stato presentato il pacchetto di riforma. Le proposte si pongono nel solco tracciato⁶⁸, prospettandosi essenzialmente la revisione di atti già in vigore e l'introduzione di

on-integration-and-inclusion-promising-elements-rising-expectations/.

⁶⁶ P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post* di AISDUE, II, in questo *Focus*, n. 1, 5 ottobre 2020; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *questionegiustizia.it*, 2 ottobre 2020; S. PEERS, *First analysis of the EU's new asylum proposals*, in *statewatch.org*, 28 September 2020; D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *eumigrationlawblog.eu*, 28 September 2020.

⁶⁷ V. *Press statement by President von der Leyen on the New Pact on Migration and Asylum*, 23 September 2020, disponibile al sito internet ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/statement_20_1727.

⁶⁸ M. RUHS, *Expanding Legal Labour Migration Pathways to the EU: Will This Time Be Different?*, IAI Commentaries 20/95, December 2020, disponibile su: iai.it/sites/default/files/iaicom2095.pdf.

due nuovi meccanismi, al momento caratterizzati soprattutto da estrema vaghezza. L'intervento si presenta, quindi, come marginale, rispetto al complesso del Patto, imperniato sul sistema di asilo e sul controllo dei flussi migratori, poco innovativo, in quanto incentrato su un complesso di strumenti già esistenti, e di portata limitata, per la preminente attenzione alla migrazione qualificata.

Gravato dai limiti che affliggono l'intero Patto, esso si contrassegna come un intervento poco coraggioso, ispirato più da apprensioni diplomatiche (la necessità di uscire dall'*impasse* degli ultimi anni), che dalla volontà di affrontare in termini realistici un tema, quello della pressione migratoria non strettamente legata ad esigenze di protezione, che richiede una capacità di visione e programmazione, con riferimento a tutte le categorie di migranti, non solo i più qualificati. Non è probabilmente casuale che la Commissione abbia previsto di presentare le annunciate proposte di riforma alla fine del 2021, nell'auspicio che possano essere nel frattempo intervenuti progressi nel negoziato sulla riforma del sistema comune europeo di asilo e che, quindi, queste non interferiscano con quel processo.

Si rileva, peraltro, come sul tema della migrazione legale si susseguano consultazioni pubbliche, relazioni e analisi di impatto (si pensi, in particolare, al summenzionato *fitness-check*, avviato nel 2016, e che ha comportato un processo di consultazione approfondito, con il coinvolgimento del pubblico generale e delle principali parti interessate: Stati membri, Parlamento europeo, Comitato economico e sociale, organizzazioni non governative e parti sociali, come pure uno studio esterno). La consultazione, conclusasi nel settembre 2017, sulla legislazione dell'Unione europea in materia di immigrazione legale, intesa a raccogliere esperienze, dati e pareri, ha dimostrato l'interesse per il tema (con quasi un migliaio di risposte di varia provenienza, inclusi gli stessi cittadini di Paesi terzi)⁶⁹. La Commissione appare freneticamente alla ricerca di appigli e supporto rispetto alla presentazione di nuove più incisive proposte. E, tuttavia, il rischio è anche l'opposto, ovvero che questo profluvio di discussioni ne impedisca l'azione. Non sorprende, in effetti, che sul piano legislativo le azioni annunciate si risolvano nella mera revisione di strumenti esistenti, essendo queste le indicazioni chiare fornite dagli Stati membri all'esito del *fitness-check* e che avevano portato ad escludere interventi in altri ambiti, quali ad esempio i lavoratori autonomi, i lavoratori non altamente qualificati, coloro che siano in cerca di lavoro⁷⁰. L'ultima consultazione sulla migrazione legale, prodromica alla

⁶⁹ ec.europa.eu/home-affairs/content/consultation-european-unions-eu-legislation-legal-migration-non-eu-citizens-fitness-check-eu_en.

⁷⁰ Cfr. SWD(2019) 1056 fin. del 29 marzo 2019, *Executive summary of the fitness check on EU Legislation on legal migration*.

presentazione delle proposte annunciate per la fine del 2021, è stata promossa in sostanziale concomitanza con la presentazione del Patto, ed essa menziona il fine di individuare “ulteriori aree in cui il quadro UE potrebbe essere migliorato, anche attraverso eventuali nuove normative” (laddove solo un anno prima quella vasta valutazione lo aveva escluso).

Anche il Parlamento europeo, del resto, sta predisponendo un rapporto su “Nuove vie per la migrazione legale per motivi di lavoro”⁷¹. Il rapporto si sofferma sui suddetti limiti, sottolineando come il quadro esistente nel settore della migrazione legale, caratterizzato da frammentarietà, settorialità, differenze di trattamento tra categorie di lavoratori⁷², e coesistenza di quadri legislativi nazionali paralleli, in concorrenza tra loro e con il quadro dell’Unione, soddisfi le esigenze a breve termine, ma non sia in linea con l’obiettivo dell’Unione di avere un approccio globale alla politica migratoria. Si evidenzia l’opportunità di abbandonare tale approccio e di adottare un codice dell’immigrazione che stabilisca norme generali che disciplinino l’ingresso e il soggiorno di tutti i cittadini di Paesi terzi in cerca di lavoro nell’Unione, procedendo alla necessaria semplificazione e armonizzazione senza discriminare alcun settore di occupazione o tipo di lavoratore dipendente. La Commissione è invitata, in particolare, a presentare proposte in relazione ad alcune categorie oggi non regolamentate: lavoro poco o mediamente qualificato, con un’attenzione prioritaria al settore dell’assistenza domiciliare e domestica, lavoratori autonomi e/o imprenditori, soprattutto per facilitare le loro attività transfrontaliere.

Alcuni aspetti meritano specifica attenzione. In attesa di vedere come si configureranno effettivamente le proposte annunciate per il 2001 (revisione della direttiva sui lungo soggiornanti e della direttiva sul permesso unico), una lettura tra le righe della comunicazione consente di scorgere alcuni elementi di novità significativi. Si rileva un accento particolare sulla mobilità dei cittadini di Paesi terzi. Tale profilo viene affermato come elemento qualificante della revisione degli strumenti che già lo prevedono (carta blu e soggiornanti di lungo periodo) e viene menzionato come aspetto cruciale anche nella direttiva sul permesso unico. Se la riforma preannunciata per il 2021 aprisse le porte ad una mobilità effettiva, rimuovendo gli ostacoli che oggi gli Stati membri frappongono all’esercizio, anche laddove già consen-

⁷¹ Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) del 9 ottobre 2020, *Draft Report on new avenues for legal labour migration*, 2020/2010 (INI).

⁷² Il rapporto sottolinea che l’attuale quadro giuridico e l’attuazione divergente delle direttive esistenti da parte degli Stati membri hanno determinato molte incoerenze per i cittadini di paesi terzi per quanto riguarda la parità di trattamento, le condizioni di ingresso e di reingresso, l’autorizzazione al lavoro, lo status di soggiornante, la mobilità all’interno dell’UE, il coordinamento della sicurezza sociale, il riconoscimento delle qualifiche e il ricongiungimento familiare, punto 7.

tito⁷³, e prevedendola in modo nuovo anche per i migranti non qualificati, si tratterebbe certamente di un intervento di estremo rilievo, nella direzione di una maggiore assimilazione dei cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti con i cittadini dell'Unione, in un mercato del lavoro che dovrebbe essere senza barriere.

Di segno opposto la valutazione circa gli strumenti per attrarre competenze e talenti. Il Patto si inserisce, peraltro, in un contesto eccezionale (quello legato all'emergenza pandemica), che ha ben messo in luce il ruolo e l'importanza dei migranti nell'attuale società europea, come sottolineato anche dalla Presidenza tedesca in due documenti predisposti al fine di promuovere il dibattito in seno al Consiglio⁷⁴. La comunicazione della Commissione ne dà atto, ponendo tuttavia l'accento soprattutto sul contributo che i migranti possono dare nel colmare le carenze di figure professionali nell'UE, quali quelle in ambito sanitario, ed in tal modo rafforzando l'idea che sia necessario promuovere soprattutto la migrazione altamente qualificata. Sebbene definiti in termini troppo vaghi per poterne trarre delle considerazioni circostanziate, il Patto richiama il modello dei progetti pilota già avviati dall'Unione europea negli scorsi anni⁷⁵. Per quanto attiene, in particolare, ai partenariati essi potrebbero strutturarsi come forme di cooperazione bilaterale, incentrate su percorsi formativi da definire in funzione delle carenze di manodopera negli Stati membri, di cui si promuoverebbe pertanto la formazione nei paesi partner per consentire poi l'arrivo sicuro nell'Unione europea a colmare quel vuoto di competenze⁷⁶. Tuttavia, oltre a richiedere un'organizzazione complessa (dalla mappatura delle esigenze dei mercati del lavoro nazionali, con ogni probabilità diverse tra

⁷³ Per un quadro generale del tema si veda M. DI FILIPPO, *La circolazione dello straniero nel diritto dell'Unione europea: una geometria variabile dei diritti e delle garanzie*, in A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 160 ss.

⁷⁴ *The COVID-19 Pandemic: Lessons learned in regard to legal migration*-Presidency discussion paper, 12024/20 e *The future of legal migration in the EU: state of play and possible way forward*-Presidency discussion paper, 12026/20, 16 October 2020.

⁷⁵ Si tratta di progetti che vedono la partecipazione di otto Stati membri a sei progetti con Egitto, Marocco, Tunisia, Nigeria e Senegal. Essi includono la mobilità degli esperti di TIC, le opportunità di studio e di tirocinio in Europa e il rafforzamento della capacità dei paesi terzi di gestire la migrazione e sostenere la reintegrazione. Si veda: D. STEFANESCU, *Partnerships for mobility at the crossroads. Lessons Learnt From 18 Months of Implementation of EU Pilot Projects on Legal Migration*, International Centre for Migration Policy Development Mobility Partnership Facility, Policy Brief, 2020, disponibile su: mobilitypartnershipfacility.eu/storage/files/mpf-policy-brief-pilot-projects-1020.pdf.

⁷⁶ H. DEMPSTER, M. CLEMENS, *The EU Migration Pact: Putting Talent Partnerships into Practice*, 19 November 2020, disponibile su: www.cgdev.org/blog/eu-migration-pact-putting-talent-partnerships-practice.

gli Stati membri, all'avvio di una cooperazione con i Paesi terzi e di percorsi formativi adeguati), un tale approccio solleva anche diversi interrogativi che attengono alla finalità stessa. Verosimilmente occorrerebbe verificare l'indisponibilità di giovani europei e l'impossibilità di attuare analoghi percorsi formativi nell'Unione europea, attuando un adeguato collegamento con la pressoché coeva *Agenda per le competenze per l'Europa per la competitività sostenibile, l'equità sociale e la resilienza*⁷⁷. Tale approccio solleva altresì interrogativi in relazione al cosiddetto *brain-drain* ovvero la "fuga di cervelli", di persone qualificate e formate, da paesi dove potrebbero dare un contributo significativo allo sviluppo. Ma tale aspetto è solo timidamente accennato dalla Commissione nell'affrontare la cooperazione con i partner⁷⁸.

Sotto un profilo più strettamente giuridico, le relazioni finora predisposte dalla Commissione europea svelano la problematicità nell'attuazione della politica comune nel settore dell'immigrazione legale. Dapprima arginata grazie al procedimento di adozione che richiedeva l'unanimità in seno al Consiglio, e che ha reso i negoziati molto complessi, se non impossibili. Successivamente, anche laddove gli atti sono stati adottati, osteggiata dagli Stati membri, attraverso il ricorso preminente a status paralleli nazionali, rimasti in vigore, a detrimento di quelli introdotti dalla legislazione dell'Unione europea. Il che, come si è detto solleva rilevanti profili quanto all'effettività del generale obbligo di leale cooperazione posto dall'art. 4, par. 3, TUE e in virtù del quale, l'Unione e gli Stati membri non solo si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati, ma incombe in capo ad essi l'adozione di ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione e l'astensione da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione⁷⁹.

Parimenti suscita perplessità che l'accesso allo status di soggiornante di lungo periodo diventi uno strumento politico, comportando inique differenziazioni tra cittadini di Paesi terzi. Si propone la riduzione del termine di accesso a tre anni per i titolari di Carta blu (quale incentivo dello strumento) e di protezione internazionale (perché non si spostino illegalmente in altri Stati membri). Tutti gli altri stranieri, che pure hanno soggiornato regolarmente in uno Stato membro, resterebbero esclusi, non essendo per

⁷⁷ COM(2020) 274 def. del 1° luglio 2020.

⁷⁸ COM(2020) 609 fin. p. 24.

⁷⁹ Si vedano i rilievi di P. DE PASQUALE, *Competenze proprie degli Stati e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, p. 5 ss.

il momento stata prospettata una riforma generale del periodo minimo di soggiorno, mentre sono la categoria per cui l'accesso ad uno status rafforzato comporterebbe il cambiamento più rilevante. Sarebbe forse più corretto, sebbene presumibilmente osteggiato dagli Stati membri, prevedere un diritto alla mobilità per i titolari di protezione internazionale dopo tre anni dal riconoscimento.

Al di là degli annunci, occorrerà quindi esaminare come la Commissione affronterà questi temi sotto un profilo teorico ed operativo. E soprattutto l'accoglienza che le proposte riceveranno da parte degli Stati membri sarà un ulteriore elemento di valutazione circa lo stato attuale del processo di integrazione europea e la volontà di dar vita ad una politica comune nel settore della migrazione. L'introduzione di una mobilità effettiva per i cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti, la definizione di condizioni di ingresso comuni per i lavoratori non qualificati e l'eliminazione di *status* paralleli nazionali rappresenterebbero, davvero, un nuovo inizio per la politica di immigrazione dell'Unione.

LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO CONCERNENTE
LE SITUAZIONI DI CRISI E DI FORZA MAGGIORE:
UN LIMITATO PROGRESSO RISPETTO ALLA DIRETTIVA
SULLA PROTEZIONE TEMPORANEA

CATERINA FRATEA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La direttiva sulla protezione temporanea. – 3. L’ambito di applicazione della proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore. – 4. Il contenuto della proposta: le disposizioni derogatorie al sistema generale e la procedura per la loro attivazione. – 5. La protezione immediata e i diritti riconosciuti ai beneficiari della stessa. – 6. Considerazioni conclusive e prospettive future.

1. In data 23 settembre 2020, la Commissione europea ha presentato il “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo”, un insieme di proposte volte riformare e integrare l’attuale sistema europeo comune di asilo, plasmando una politica migratoria più efficace ed equa¹. Anticipato dal discorso sullo stato dell’Unione 2020, in cui la Presidente Ursula von der Leyen qualificava il Patto come uno strumento basato sull’umanità, sulla solidarietà e sulla netta distinzione tra coloro che hanno il diritto di rimanere sul territorio dell’Unione e coloro che di questo diritto non sono titolari², tale intervento si presenta come un’operazione piuttosto complessa³. Esso, infatti, ricomprende, in parte modificandole, alcune precedenti proposte di riforma avanzate nel 2016 e nel 2018 unitamente ad alcuni nuovi atti. L’obiettivo comune a tutti consiste nel superare l’*impasse* creatasi negli anni precedenti e giungere ad un sistema che rafforzi il controllo alle frontiere

* Associato di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli Studi di Verona.

¹ I documenti che compongono il Patto sono pubblicati alla pagina web ec.europa.eu/info/publications/migration-and-asylum-package-new-pact-migration-and-asylum-documents-adopted-23-september-2020_it.

² Il discorso è reperibile alla pagina web ec.europa.eu/info/strategy/strategic-planning/state-union-addresses/state-union-2020_it.

³ Tra i primi commenti si vedano M. BORRACCETTI, *Il Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo e la sua (solo) annunciata discontinuità*, in *Diritti comparati*, 5 novembre 2020, reperibile online; P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l’asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, Focus “La proposta di Patto su immigrazione e asilo”, 5 ottobre 2020, reperibile online, p. 1 ss.; A. DI PASCALE, *Il nuovo Patto per l’immigrazione e asilo, scontentare tutti per accontentare tutti*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, reperibile online; A. M. RODRIGUES, *New Pact on Migration and Asylum – first impressions and old deceptions*, 6 October 2020, officialblogofunio.com.

re esterne, che renda più celeri le procedure di asilo e rimpatrio e che stabilisca un meccanismo di solidarietà costante tra gli Stati membri⁴, senza ricorrere, come in passato, a soluzioni contingenti ed emergenziali⁵, peraltro scarsamente efficaci nella gestione di un fenomeno che, date le dimensioni, necessita invece di strumenti stabili⁶. Ciò senza tuttavia giungere a riproporre il criterio delle ripartizioni obbligatorie, rispetto al quale è chiaramente emersa l'assenza di accordo politico tra gli Stati membri, come confermato sia dalla mancata adozione della proposta di regolamento Dublino IV⁷ sia dagli ostacoli frapposti da parte degli Stati del gruppo di Visegrad alla concreta operatività delle decisioni sulle ricollocazioni adottate

⁴ Sul principio di solidarietà in materia di immigrazione, G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018. Sia altresì consentito rinviare a C. FRATEA, *Obblighi di solidarietà ed effettività della tutela dei migranti: quale spazio per un ripensamento del sistema Dublino?*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 703 ss. Sugli strumenti di solidarietà previsti dal Patto, v. G. MORGESE, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo", 23 ottobre 2020, reperibile online, p. 15 ss.

⁵ Si vedano le decisioni (UE) 2015/1523 e 2015/1601, in *GUUE* rispettivamente L 239 del 15 settembre 2015, p. 146 ss. e L 248 del 24 settembre 2015, p. 80 ss., sulle ricollocazioni dei migranti giunti in Italia e Grecia. Per un commento, G. CAGGIANO, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 459 ss.; M. DI FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2015, p. 33 ss.; P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 30 settembre 2015, reperibile online; C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *questionegiustizia.it*, n. 2, 2018, p. 28 ss., spec. p. 39.

⁶ Cfr. S. QUADRI, *Sovranità funzionale e immigrazione nel diritto internazionale: il caso europeo*, Napoli, 2018, p. 33.

⁷ COM(2016)270 final. In essa era previsto che il regolamento Dublino si dotasse di un meccanismo collettivo di ricollocazione da attivarsi quando lo Stato competente raggiungesse il 150% della sua capacità di accoglienza, nonché di un meccanismo sanzionatorio per gli Stati che si sottraessero alla redistribuzione. In argomento, P. MORI, *La proposta di riforma del sistema europeo comune di asilo: verso Dublino IV?*, in *rivista.eurojus.it*, 7 settembre 2016, reperibile online; F. MAIANI, *The reform of the Dublin system and the dystopia of 'sharing people'*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 622 ss.; P. DE PASQUALE, *Verso la refusione del regolamento 'Dublino III'*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 267 ss.

per ridurre la pressione migratoria che, nel 2015, contraddistingueva Italia e Grecia⁸.

Tra gli atti di nuova introduzione contenuti nel Patto si colloca la proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore⁹, destinata ad abrogare la direttiva sulla protezione temporanea¹⁰. Quest'ultimo atto è stato il primo ad essere adottato dall'allora Comunità europea a seguito dell'attribuzione della competenza in materia di immigrazione ad opera del Trattato di Amsterdam, rappresentando una risposta a quelle situazioni, caratterizzate da un elevato numero di sfollati, che la crisi aperta dalla guerra del Kosovo della fine degli anni Novanta aveva reso evidenti¹¹. Sebbene alla base della direttiva vi fosse un obiettivo di solidarietà¹², l'istituto della protezione temporanea, per quanto di carattere eccezionale, ha rappresentato uno dei maggiori fallimenti della politica europea dell'immigrazione, non essendo mai stato in concreto attivato nei vent'anni di applicazione della direttiva e spingendo pertanto l'attuale Commissione a proporre l'abrogazione e la sostituzione con l'istituto della c.d. protezione immediata.

⁸ V. *supra*, nota 5.

⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, COM(2020) 613 final.

¹⁰ Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi.

¹¹ Si veda, in precedenza, l'azione comune 1999/290/GAI del Consiglio, del 26 aprile 1999, recante progetti e misure di sostegno concreto all'accoglienza e al rimpatrio volontario dei rifugiati, degli sfollati e dei richiedenti asilo, compresa l'assistenza di emergenza alle persone fuggite in seguito ai recenti avvenimenti nel Kosovo. Con tale atto, adottato in base all'allora articolo K.3 TUE, l'Unione europea si impegnava a sostenere progetti e misure in merito all'accoglienza e al rimpatrio volontario dei rifugiati, degli sfollati e dei richiedenti asilo e, inoltre, con particolare riguardo alla crisi del Kosovo, prevedeva assistenza finanziaria di emergenza per gli Stati membri che avessero accolto, un numero significativo di rifugiati, richiedenti asilo e sfollati fuggiti dal quella regione e dalle regioni limitrofe. Inoltre, con il documento 8654/99 del 27-28 maggio 1999, il Consiglio Giustizia e Affari interni stabiliva principi che guidassero l'azione dei paesi membri nel riconoscimento della protezione degli sfollati provenienti dal Kosovo, pur senza stabilire obblighi al riguardo (p. 10 ss., <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8654-1999-INIT/en/pdf>). Tali conclusioni sono altresì richiamate dal considerando 6 della direttiva.

¹² Cfr. G. CAGGIANO, *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di "paese di primo ingresso" per gli Stati frontalieri del Mediterraneo*, in ID., *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, II ed., Torino, 2016, p. 51 ss., a p. 59.

2. La direttiva 2001/55, come stabilito all'art. 1, definisce standard minimi per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da paesi terzi e impossibilitati a ritornare nel paese d'origine¹³. Sebbene *lato sensu* trovi il proprio fondamento nel rispetto del principio di *non-refoulement*, essa, come si evince dalla direttiva qualifiche 2011/95, non rappresenta a rigore una terza forma di protezione internazionale¹⁴. Si tratta invece di una procedura finalizzata a far fronte a situazioni migratorie di carattere eccezionale, intervenendo a tutela delle persone sfollate, in particolare qualora vi sia il rischio che il sistema d'asilo non possa far fronte a tale afflusso senza effetti pregiudizievoli per il suo corretto funzionamento e non possa garantire un'adeguata valutazione individuale delle domande.

In tali circostanze, l'attivazione dei meccanismi previsti dalla direttiva, che in ogni caso non pregiudica il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della convenzione di Ginevra¹⁵, conduce al riconoscimento di una protezione immediata¹⁶ della durata di un anno, prorogabile di sei mesi in sei mesi, per un periodo massimo di un ulteriore anno, qualora persistano le ragioni che hanno portato al suo riconoscimento. Il Consiglio, con decisione, può tuttavia sempre prevederne la cessazione anticipata qualora dovesse venire a mancare il presupposto che la giustifica, vale a dire lo stato di emergenza nelle zone di provenienza degli sfollati, e sia possibile un loro rimpatrio in condizioni di sicurezza¹⁷.

¹³ Sulla direttiva v. S. CARRASCOSA FERRANDIS, *Flujo masivo de desplazados: Comentarios a la primera Directiva europea*, in P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (dir.), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, 2002, p. 315 ss.; N. ARENAS, *The Concept of 'Mass Influx of Displaced Persons' in the European Directive Establishing the Temporary Protection System*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, p. 435 ss.; S. PEERS, V. MORENO-LAX, M. GARLICK, E. GUILD, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 3: EU Asylum Law*, Leiden-Boston, 2015, p. 571 ss.; A. SKORDAS, *Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, II ed., 2016, p. 1054 ss.; M. INELICIGER, *Temporary Protection in Law and Practice*, Leiden-Boston, 2018.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 2, lett. a, della direttiva qualifiche, per protezione internazionale si intende lo *status* di rifugiato o lo *status* di protezione sussidiaria.

¹⁵ In base all'art. 17, par. 2, l'esame delle domande di protezione internazionale non vagliate prima della fine del periodo di protezione temporanea è portato a termine dopo la fine del periodo suddetto. I beneficiari della protezione temporanea assumeranno pertanto lo *status* di richiedenti asilo.

¹⁶ In tal senso l'art. 2, lett. a, della direttiva.

¹⁷ Artt. 4 e 6 della direttiva.

Lo spirito di solidarietà che ha condotto all'elaborazione della direttiva è ribadito dal suo art. 25, in base al quale gli "Stati membri accolgono con spirito di solidarietà comunitaria le persone ammissibili alla protezione temporanea". Si prevede altresì la possibilità di trasferimenti intracomunitari dei beneficiari della protezione qualora lo Stato membro di accoglienza sia gravato da una eccessiva pressione a causa dell'alto numero di sfollati presenti sul proprio territorio (art. 26), nell'ottica dell'instaurazione di un sistema che promuova la cooperazione tra paesi e l'equilibrio degli sforzi nella gestione delle emergenze migratorie¹⁸.

Fatta salva la possibilità per gli Stati membri di prevedere o mantenere condizioni di maggior favore, la direttiva riconosce ai titolari della protezione temporanea il diritto di esercitare attività lavorativa subordinata o autonoma, il diritto all'istruzione e alla formazione professionale, nonché l'istruzione scolastica ai minori. In mancanza di mezzi di sostentamento o qualora tali mezzi siano insufficienti, gli Stati sono tenuti a garantire un alloggio e, in generale, l'assistenza sociale e medica, con un sostegno dedicato alle categorie che presentino esigenze particolari, quali minori non accompagnati o persone che abbiano subito torture o altra forma di violenza fisica o psicologica¹⁹.

L'art. 15 riconosce altresì il diritto al ricongiungimento familiare. In particolare, in presenza di nuclei familiari precedentemente costituiti nel paese d'origine e separati in ragione di esodi massicci, pur con alcune differenziazioni, si considerano come facenti parte di una stessa famiglia il coniuge del richiedente il ricongiungimento (o il partner non legato da vincoli di matrimonio che abbia una relazione stabile con il richiedente, qualora la legislazione dello Stato membro interessato assimili la situazione delle coppie di fatto a quella delle coppie sposate), i figli minorenni non sposati del richiedente o del coniuge, indipendentemente dal fatto che siano legittimi, naturali o adottati, altri parenti stretti che vivevano insieme come parte del nucleo familiare nel periodo in cui gli eventi hanno determinato l'afflusso massiccio e che erano totalmente o parzialmente dipendenti dal richiedente il ricongiungimento in tale periodo.

Qualora i familiari separati godano di protezione temporanea in più Paesi membri, la direttiva pone in capo agli Stati l'obbligo di concedere il ricongiungimento con il coniuge, il partner non coniugato e i figli minori,

¹⁸ I paesi di accoglienza si potranno sottrarre all'applicazione dei meccanismi di solidarietà di cui agli artt. 24-26 se decideranno di avvalersi della possibilità di cui all'art. 7, par. 1, della direttiva in base al quale gli Stati membri possono, informandone immediatamente il Consiglio e la Commissione, ammettere alla protezione temporanea ulteriori categorie di sfollati oltre a quelle a cui si applica la decisione del Consiglio prevista all'art. 5, qualora siano sfollati per le stesse ragioni e dal medesimo paese o regione d'origine.

¹⁹ Artt. 12, 13 e 16 della direttiva.

mentre la semplice facoltà nei confronti di altri congiunti. Lo Stato in cui avviene il ricongiungimento è individuato tenendo conto delle capacità di accoglienza e della volontà dei soggetti coinvolti. Eccezion fatta per questa ultima specificazione, la medesima disciplina regola il caso in cui il richiedente il ricongiungimento goda della protezione temporanea in un paese dell'Unione senza che uno o più familiari si trovino ancora in uno Stato membro. Anche nel caso in cui in capo allo Stato membro sia prevista una semplice facoltà di concedere il ricongiungimento occorre in ogni caso tenere in considerazione l'interesse superiore del minore e le difficoltà a cui familiari andrebbero incontro se il ricongiungimento non avesse luogo (par. 4).

Nonostante l'obiettivo di tutela immediata degli sfollati che informa l'istituto della protezione temporanea, il principale ostacolo all'applicazione della direttiva è rappresentato dalla circostanza che l'esistenza di una situazione di afflusso massiccio deve essere determinata da una decisione del Consiglio adottata a maggioranza qualificata su proposta della Commissione²⁰, la quale esamina qualsiasi richiesta presentata dagli Stati membri. Ai sensi dell'art. 5, la decisione del Consiglio determina, per gli sfollati a cui si riferisce, l'applicazione della protezione temporanea a norma della direttiva e dei diritti in essa stabiliti. È previsto che la decisione, che si fonda sull'esame della situazione e della portata dei movimenti degli sfollati, nonché dell'insufficienza di altre misure, contenga, quali elementi minimi, la descrizione dei gruppi specifici di persone cui si applica la protezione temporanea, la data di decorrenza della protezione, le informazioni fornite dagli Stati membri sulla loro capacità d'accoglienza, nonché le informazioni fornite dalla Commissione, dall'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) e da altre organizzazioni internazionali competenti.

²⁰ In tal senso v. anche H. BEIRENS, S. MAAS, S. PETRONELLA, M. VAN DER VELDEN, *Study on the Temporary Protection Directive. Final Report*, January 2016, realizzato per la Direzione generale Migrazione e Affari interni, pp. 37 ss. e 50 ss., https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/asylum/temporary-protection/docs/final_report_evaluation_tpd_en.pdf. Lo studio sottolinea anche come la difficoltà di giungere alla decisione sia collegata alla vaghezza della nozione di "afflusso massiccio", che potrebbe essere costituito alternativamente da "pressure due to a significant high and/or sudden increase in the number of applicants", "pressure following a gradual increase in the number of applicants" oppure "pressure due to strong fluctuations in the number of applicants over time". Nel periodo 2001-2014 Stati quali Bulgaria, Cipro, Malta e Polonia risultano aver subito pressioni migratorie del primo tipo; Belgio, Francia, Paesi Bassi e Germania del secondo tipo, mentre Italia e Grecia del terzo tipo, senza che a ciò tuttavia abbiano sempre fatto seguito richieste alla Commissione per l'attivazione della procedura (p. 27 ss.).

La difficoltà di giungere a tale decisione e, pertanto, all'applicazione della direttiva è testimoniata dall'assenza di interventi del Consiglio, nonostante negli anni successivi alla sua applicazione non siano mancate situazioni che avrebbero potuto condurre all'adozione della decisione di cui all'art. 5, quali la crisi irachena della metà degli anni Duemila, nonché quelle del Nordafrica²¹ e siriana dello scorso decennio²².

3. Come indicato nella comunicazione che accompagna la presentazione del “Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo”, un efficace sistema di preparazione e di risposta alle crisi costituisce uno dei principali strumenti di una politica migratoria solida e stabile²³ e, pertanto, una delle priorità della Commissione europea. A tal fine, essa raccomanda l'istituzione di un nuovo programma di preparazione e di risposta alle crisi nel settore della migrazione che favorisca il passaggio “da una modalità reattiva a una modalità basata sulla preparazione e sull'anticipazione”²⁴. Esso riunirà tutti gli strumenti di gestione delle crisi esistenti e definirà le misure e i protocolli istituzionali, operativi e finanziari fondamentali che sono necessari per garantire la preparazione a livello sia dell'UE che nazionale. L'obiettivo del programma è quello di assicurare un monitoraggio costante delle capacità degli Stati membri (che potranno ricevere sostegno operativo sia da agenzie dell'Unione sia da altri Stati membri) e organizzare una risposta coordinata a crisi specifiche.

²¹ Cfr. B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *The Arab Spring and the Extraordinary Influx of People Who Arrived in Italy from North Africa*, in *European Journal of Migration and Law*, 2011, p. 341 ss., a p. 346, sottolineano come il governo italiano, con il supporto di quello maltese, avesse nel 2011 inoltrato la richiesta di attivazione della direttiva, ma l'accordo non fu raggiunto. Il d.p.c.m. del 5 aprile 2011, Misure di protezione temporanea per i cittadini stranieri provenienti dai Paesi nordafricani, in *GU* 81 dell'8 aprile 2011, che prevedeva il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari a favore dei cittadini appartenenti ai paesi del Nord Africa affluiti nel territorio nazionale dal 1° gennaio 2011 al 5 aprile 2011, non è stato infatti adottato a seguito di un intervento delle istituzioni UE.

²² M. INELI-CIGER, *Time to Activate the Temporary Protection Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, p. 1 ss., a p. 21 ss., afferma come, in relazione alla crisi migratoria del 2015, la direttiva sulla protezione temporanea, ricorrendo tutte le condizioni previste dalla direttiva, avrebbe dovuto rappresentare uno strumento cui fare ricorso per alleggerire la pressione migratoria su paesi quali l'Italia e la Grecia.

²³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, COM(2020) 609 final, 23 settembre 2020, p. 12.

²⁴ In tal senso la comunicazione, COM(2020) 609 final, cit., p. 11, in relazione alla raccomandazione della Commissione su un meccanismo dell'UE di preparazione e di gestione delle crisi connesse alla migrazione e loro gestione (Programma di preparazione e di risposta alle crisi nel settore della migrazione), C(2020) 6469, 23 settembre 2020.

A tale programma, tuttavia, si è ritenuto di dover aggiungere un ulteriore strumento legislativo che consenta di adottare misure temporanee e straordinarie necessarie per far fronte a situazioni emergenziali. Si tratta della proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore che rappresenta, almeno nelle intenzioni della Commissione, una delle principali innovazioni introdotte dal Patto. Quanto all'ambito di applicazione, ai sensi dell'art. 1, il nuovo regolamento affronta le situazioni di crisi migratoria, analoghe a quelle legate ai recenti eventi verificatisi al confine greco-turco e nel campo profughi di Moria²⁵, rispetto alle quali, necessitando di risposte tempestive in tempi rapidi, l'attuale sistema ha mostrato i propri limiti e lacune²⁶.

Sebbene la proposta non preveda, a differenza della direttiva sulla protezione temporanea, una norma contenente le definizioni delle nozioni rilevanti, il significato di "situazione di crisi" è in ogni caso ricavabile dallo stesso art. 1, recante l'oggetto del regolamento. Se ne evince una definizione più ampia e dettagliata rispetto a quella di "afflusso massiccio di sfollati", cui fa attualmente riferimento l'art. 2, lett. *d*, della direttiva²⁷. L'art. 1, par. 2, del nuovo atto prevede, infatti, il soddisfacimento di quattro condizioni cumulative affinché si possano attivare i meccanismi in esso disciplinati. In particolare, occorre che (a) si verifichi un afflusso massiccio, attuale o imminente²⁸, di cittadini di paesi terzi o di apolidi; (b) tali soggetti siano giunti in modo irregolare in uno Stato membro o sbarcati sul suo territorio a seguito di operazioni di ricerca e soccorso; (c) il loro numero risulti sproporzionato rispetto alla popolazione e al PIL dello Stato membro interessato; (d) l'entità dell'afflusso sia tale da rendere inefficace il sistema di asilo, accoglienza o rimpatrio dello Stato membro in questione e provocare gravi conseguenze sul funzionamento del sistema europeo comune di asilo o del quadro comune definito dal nuovo regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione²⁹.

²⁵ D. IRRERA, *The (lack of) EU Migration Policy on fire: What can be learned from the Moria disaster?*, September 2020, protectproject.w.uib.no/category/blog.

²⁶ Come sottolinea S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, in *CEPS Policy Insight*, n. 2020-22, ceps.eu, una tale situazione potrebbe essere altresì provocata da crisi politiche, sebbene tale ultima nozione, in assenza di ulteriori specificazioni, può risultare alquanto vaga (p. 8).

²⁷ In base a tale norma, per "afflusso massiccio", si intende "l'arrivo nella Comunità di un numero considerevole di sfollati, provenienti da un paese determinato o da una zona geografica determinata, sia che il loro arrivo avvenga spontaneamente o sia agevolato, per esempio mediante un programma di evacuazione".

²⁸ Si consideri infatti la specificazione dell'art. 1, par. 2, lett. *b*, che fa riferimento anche al "rischio imminente che si verifichi una tale situazione".

²⁹ Proposta COM(2020) 610 final, 23 settembre 2020.

All'obiettivo di fronteggiare situazioni crisi si aggiunge quello di contrastare le conseguenze provocate da eventi di forza maggiore. Tale nozione non è chiarita dalla proposta, né risulta mai precedentemente impiegata nel contesto della migrazione. Del resto, in un tentativo di esemplificazione contenuto nella relazione accompagnatoria della proposta³⁰, la Commissione porta come unico riferimento la pandemia da Covid-19, le cui conseguenze inizieranno a far sentire i propri effetti sulle economie dei paesi di partenza e di transito, facendo riprendere, dopo un iniziale arresto dei flussi³¹, le rotte verso la sponda Nord del Mediterraneo³².

4. In presenza di una delle situazioni sopra descritte, il nuovo regolamento agirebbe in due direzioni. Innanzitutto, l'art. 2, per le sole situazioni di crisi attuale³³, stabilisce un meccanismo di solidarietà analogo a quello previsto dalla proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione per le situazioni di pressione migratoria³⁴. Ciò comporta, in sostanza, l'estensione dei medesimi strumenti previsti dalla Parte IV del regolamento generale a favore degli Stati soggetti a pressioni migratorie o a sbarchi a seguito di operazioni di ricerca e soccorso (art. 45 ss.), seppur adattati a scenari caratterizzati da un elevato numero di arrivi irregolari tramite l'introduzione di specifiche modalità di applicazione³⁵.

In particolare, la proposta in esame non prevede tanto la possibilità di avvalersi di contributi di solidarietà quali misure di sviluppo delle capacità in materia di asilo, accoglienza e rimpatrio oppure di sostegno operativo (che rappresentano misure efficaci per lo più a lungo termine), quanto piuttosto dell'ampliamento dell'ambito di applicazione degli istituti della ricollocazione obbligatoria e dei rimpatri sponsorizzati³⁶. Allo stesso tempo, lo Stato membro in situazione di crisi potrà beneficiare, per

³⁰ Si veda la p. 4 della relazione.

³¹ In argomento, L. MARIN, *The COVID-19 Crisis And The Closure Of External Borders: Another Stress-test for the Challenging Construction of Solidarity within the EU?*, in *europeanpapers.eu*, n. 2, 2020, *European Forum*, p. 999 ss.

³² C. BONIFAZI, *Il virus ha bloccato i migranti verso l'Europa mediterranea, ma ora li farà ripartire*, in *Limes Online*, 13 gennaio 2021.

³³ L'art. 2 fa infatti riferimento al solo art. 1, par. 2, lett. a, della proposta, che definisce le situazioni di crisi, e non anche alla lett. b, relativa al rischio imminente che si verifichino tali situazioni.

³⁴ Per quest'ultimo si rimanda a G. MORGESE, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea nel nuovo Patto*, cit., p. 23.

³⁵ Tale auspicio era stato anticipato da H. BEIRENS, S. MAAS, S. PETRONELLA, M. VAN DER VELDEN, *Study* cit., p. 73.

³⁶ Oltre al già citato contributo di G. MORGESE, si veda anche R. PALLADINO, *Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, *Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo"*, 18 novembre 2020, reperibile *online*, p. 63 ss.

l'attivazione di tali meccanismi, di termini più brevi: mentre il regolamento generale prevede che i migranti irregolari non rimpatriati entro otto mesi siano trasferiti nel territorio dello Stato membro sponsor al fine di portare a termine l'esecuzione del rimpatrio, in base a quello in esame l'obbligo di trasferire il migrante irregolare scatta se la persona interessata non è allontanata entro quattro mesi³⁷.

Il numero di persone da ricollocare e/o soggette a rimpatrio sponsorizzato dallo Stato membro che si trova in situazione di crisi sarà definito da un atto di esecuzione della Commissione, che stabilirà altresì la ripartizione di tali persone fra gli Stati membri secondo una chiave di distribuzione basata per il 50% sulla popolazione e per il 50% sul PIL, come disposto nella proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione³⁸.

Il secondo tipo di intervento attuato dalla proposta è costituito dalla previsione di deroghe temporanee ai termini che connotano le procedure suscettibili di essere avviate a seguito della presentazione di una domanda di protezione internazionale, onde consentire allo Stato interessato di fronteggiare più efficacemente le difficoltà pratiche che si presentano in situazioni di crisi o di forza maggiore. Più specificamente, per le situazioni di crisi attuale o imminente, in deroga al futuro regolamento procedure³⁹ e alla futura direttiva rimpatri⁴⁰, è prevista la proroga dei termini che scandi-

³⁷ L'esistenza di una situazione di crisi ai fini dell'attivazione del meccanismo di solidarietà deriva dalle risultanze riferite al solo mese precedente (e non sei come nei casi di pressione migratoria). Gli Stati membri sono tenuti a presentare i piani di risposta solidaristica entro una sola settimana (art. 2, par. 2-3, della proposta).

³⁸ Cfr. COM(2020) 610 final, cit., artt. 53-54. In presenza di situazioni di forza maggiore, che rendano impossibile ad uno Stato membro rispettare gli obblighi di attuazione delle misure di solidarietà previste dalla proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione e all'art. 2 della proposta in esame, l'art. 9 di quest'ultima consente, previa notifica alla Commissione e agli altri Stati membri, di beneficiare della sospensione dei termini ivi prescritti per un periodo massimo di sei mesi. Di contro, uno Stato membro sotto pressione e che stia beneficiando di supporto sulla base di misure di solidarietà, anche nel quadro del regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione, sarà escluso dall'obbligo di contribuire alla ricollocazione o di effettuare rimpatri sponsorizzati.

³⁹ Proposta COM(2020) 611 final, 23 settembre 2020, che rappresenta una proposta modificata rispetto a quella già presentata nel 2016, COM(2016) 467 final, 13 luglio 2016. In essa si prevede in particolare, oltre ai motivi già previsti nel regolamento sulla procedura di asilo, la possibilità di estendere l'ambito di applicazione della procedura di frontiera ai cittadini di paesi terzi e agli apolidi il cui tasso di riconoscimento in prima istanza a livello UE sia pari o inferiore al 75%. Sarà inoltre possibile prorogare di altre otto settimane la durata dell'esame di una domanda di protezione internazionale nel quadro della procedura di frontiera.

⁴⁰ Proposta COM(2018) 634 final del 12 settembre 2018, volta a modificare la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi

scono le procedure di asilo e di rimpatrio (artt. 4 e 5), oltre che, in via preliminare, la proroga del termine per la registrazione delle domande di protezione internazionale, individuato in quattro settimane in luogo dei tre giorni previsti dall'art. 27 della proposta sul nuovo regolamento procedure (art. 6).

Per le situazioni di forza maggiore, l'art. 7 pure concede agli Stati membri un più lungo termine di quattro settimane per la registrazione delle domande. Inoltre, per quelle situazioni di forza maggiore in cui uno Stato membro è impossibilitato ad applicare la procedura per l'invio delle richieste di presa in carico e delle notifiche di ripresa in carico e per la risposta ad esse entro i termini stabiliti nella proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione, oppure non può rispettare il termine per il trasferimento di un richiedente verso lo Stato membro competente, sono stabilite alcune deroghe che consentono agli Stati membri di prorogare tali termini a condizioni rigorose. Infine, lo Stato che non sia in grado di adempiere agli obblighi derivanti dal meccanismo di solidarietà di cui alla proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione o al presente regolamento può estendere i termini per l'attuazione di tali misure di un massimo di sei mesi (artt. 8 e 9).

Oltre che in relazione al contenuto delle specifiche misure derogatorie previste dalla proposta in esame, la distinzione tra situazione di crisi e situazione di forza maggiore rileva anche ai fini della procedura da seguire per la loro attivazione. Infatti, mentre nel secondo dei due casi, che si suppone più raro nella prassi, per poter beneficiare della proroga dei termini previsti dai regolamenti sulla procedura e sulla gestione dell'asilo e della migrazione, lo Stato membro interessato, ai sensi degli artt. 7-9 del futuro regolamento, è tenuto esclusivamente a dare comunicazione alla Commissione (e in certi casi agli altri Stati membri) di trovarsi in una situazione di forza maggiore che renda impossibile rispettare i termini ordinari, per le situazioni di crisi è prevista una procedura *ad hoc*. Infatti, *ex art.* 3 della proposta di regolamento, ai fini dell'applicazione degli artt. 4-6, lo Stato che ritenga di trovarsi in una situazione di crisi deve presentare una richiesta motivata alla Commissione che, entro dieci giorni, dovrà autorizzare

il cui soggiorno è irregolare, la cui adozione viene a più riprese auspicata nel Patto. La proposta di regolamento in esame permette di derogare ad alcune disposizioni della procedura di rimpatrio alla frontiera per consentire alle autorità competenti sotto pressione di far fronte a un significativo carico di lavoro. A tal fine, la proposta estende di altre otto settimane la durata massima della procedura di rimpatrio alla frontiera (la proposta di regolamento sulla procedura di asilo fissa il termine massimo a 12 settimane) e introduce nuovi casi specifici e ben circoscritti, che vanno ad aggiungersi a quelli stabiliti nella proposta di rifusione della direttiva rimpatri, in cui, tranne prova contraria, si presume l'esistenza di un rischio di fuga in casi individuali.

l'applicazione delle norme derogatorie. Tale autorizzazione sarà contenuta in una decisione di esecuzione che dovrà specificare la data a decorrere dalla quale potranno essere applicate le norme derogatorie nonché la durata di tale periodo, con la specificazione che l'applicazione delle norme di cui agli artt. 4 e 5, relative alle procedure di asilo e rimpatrio, potrà essere autorizzata per un periodo di sei mesi, prorogabile al massimo fino ad un anno, mentre quella delle norme di cui all'art. 6, relativo alla registrazione delle domande di protezione internazionale, per un periodo massimo di quattro settimane⁴¹.

La decisione che stabilisce l'esistenza di una situazione di crisi (o il rischio di una tale situazione) sarà adottata in base ad informazioni circostanziate, raccolte in particolare nell'ambito del meccanismo UE di preparazione e di gestione delle crisi connesse alla migrazione, dall'Ufficio europeo di supporto all'asilo (EASO)⁴², dall'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera⁴³, nonché in base ai dati figuranti nella relazione sulla gestione della migrazione di cui alla proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione. Il riferimento alle informazioni raccolte dalle agenzie dell'Unione, contenuto nell'art. 3, par. 8, della proposta, ha l'obiettivo di ridurre l'eccessiva discrezionalità, di cui attualmente godono le istituzioni europee coinvolte nella procedura definita dalla direttiva sulla protezione temporanea, nello stabilire l'esistenza di una situazione di afflusso massiccio di sfollati⁴⁴.

Per l'adozione della decisione di esecuzione che autorizza l'applicazione delle norme procedurali derogatorie di cui agli artt. 4-6 e per attivare la concessione dello *status* di protezione immediata⁴⁵, la Commissione è assistita da un comitato ai sensi del regolamento 182/2011⁴⁶, dal quale

⁴¹ In base al par. 5, “[s]e uno Stato membro ritiene necessario prorogare l'applicazione delle norme di cui all'articolo 6, presenta alla Commissione una richiesta motivata al più tardi cinque giorni prima della scadenza del periodo di quattro settimane. La Commissione può autorizzare la proroga dell'applicazione delle norme di cui all'articolo 6 per un periodo supplementare di massimo quattro settimane, rinnovabile una volta. Il periodo di applicazione non supera in totale le 12 settimane”.

⁴² Ai sensi del regolamento (UE) n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 2010, che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo.

⁴³ Ai sensi del regolamento (UE) n. 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624.

⁴⁴ Tale aspetto della proposta riprende quanto auspicato da H. BEIRENS, S. MAAS, S. PETRONELLA, M. VAN DER VELDEN, *Study*, cit., p. 73.

⁴⁵ V. *infra*, par. 5.

⁴⁶ Art. 12 della proposta, che si riferisce al regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi ge-

si può prescindere solo per imperativi motivi di urgenza debitamente giustificati, in presenza dei quali la Commissione adotta atti di esecuzione immediatamente applicabili⁴⁷.

5. In una situazione di crisi attuale, oltre a consentire l'applicazione delle norme procedurali derogatorie secondo quanto disposto dall'art. 3 della proposta, la Commissione, ai sensi dell'art. 10, può autorizzare lo Stato membro che ne abbia fatto richiesta a sospendere temporaneamente l'esame delle domande di protezione internazionale⁴⁸. Tale sospensione riguarda le domande presentate da quanti risultino sfollati di paesi terzi esposti a elevati rischi di subire violenza indiscriminata in situazioni eccezionali di conflitto armato e che non sono in condizione di ritornare nel loro paese di origine. Nei confronti di tali soggetti si riconosce contestualmente la possibilità di concedere lo *status* di protezione immediata, a meno che essi non rappresentino un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico⁴⁹. La decisione con cui la Commissione dichiara l'esistenza di una situazione di crisi definisce altresì lo specifico paese d'origine, o una parte di uno specifico paese d'origine, i cui sfollati potranno beneficiare della protezione immediata, nonché la data a decorrere dalla quale e il periodo durante il quale l'art. 10 sarà applicato.

L'istituto della protezione immediata, destinato, come detto, a sostituire quello della protezione temporanea, rappresenta pertanto un ulteriore strumento volto a fornire ai paesi membri la flessibilità necessaria per reagire alle situazioni di crisi. Nonostante l'estrema difficoltà nel raggiungere un accordo in Consiglio in merito ad una possibile attivazione della direttiva attualmente in vigore e la presa di coscienza che questa non risponde più alle esigenze degli Stati frontalieri, che si trovano più spesso coinvolti in situazioni di afflusso massiccio di migranti, si conferma tuttavia la necessità di dover concedere a determinati gruppi di cittadini di paesi terzi ad

nerali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione.

⁴⁷ Art. 11 della proposta.

⁴⁸ Come nel caso dell'art. 2, anche l'art. 10 della proposta richiama esclusivamente l'art. 1, par. 2, lett a (v. *supra*, nota 33).

⁴⁹ Sottolinea M. INELI-CIGER, *What a difference two decades make? The shift from temporary to immediate protection in the new European Pact on Asylum and Migration*, 11 November 2020, p. 3, *eumigrationlawblog.eu*, come la proposta non fornisca indicazioni circa la concreta operatività di questa esclusione. Sebbene non sia replicata nel nuovo regolamento, si ritiene rimanga come principio generale valida la disposizione attualmente contenuta all'art. 28 sulla direttiva sulla protezione temporanea, vale a dire che i "motivi d'esclusione [...] devono attenersi esclusivamente al comportamento personale dell'interessato. Le decisioni o i provvedimenti d'esclusione devono fondarsi sul principio della proporzionalità".

alto rischio una forma di protezione su base rapida⁵⁰. Sotto tale aspetto, la *ratio* dell'istituto di cui all'art. 10 della proposta ricorda quella sottesa alla direttiva sulla protezione temporanea. Tuttavia, una differenza a livello procedurale risulta in concreto evidente e risiede nel ruolo della Commissione, che si sostituisce al Consiglio, proprio al fine di facilitare l'applicazione del nuovo istituto grazie alla previsione di un *iter* più agile.

Tra i due atti sono rilevabili anche altre differenze, a partire dall'ambito di applicazione soggettivo. Il novero di soggetti che possono beneficiare della protezione immediata ai sensi dell'art. 10 è più limitato rispetto a quello a cui si riferisce l'art. 1, par. 2, lett. *a*, della proposta in cui viene definita la nozione di situazione di crisi esistente. Infatti, non tutti i cittadini di paesi terzi o apolidi giunti in modo irregolare in uno Stato membro o sbarcati sul suo territorio a seguito di operazioni di ricerca e soccorso, nel contesto di un afflusso massiccio di sfollati, potranno beneficiare di questa forma di protezione, ma, tra questi, solo le persone esposte a un rischio eccezionalmente elevato di violenza indiscriminata a causa di conflitti armati nel paese di origine, con esclusione pertanto di coloro che scappano da persecuzioni politiche, violazioni sistematiche dei diritti umani oppure da regimi oppressivi. Ne discende che l'ambito di applicazione soggettivo dell'istituto della protezione immediata è più limitato rispetto a quello della protezione temporanea, la cui direttiva non contiene una siffatta specificazione ai fini della concessione dello *status* in essa previsto.

Un'ulteriore differenza, in questo caso *in melius*, concerne i diritti riconosciuti ai titolari della nuova forma di protezione. Sotto questo punto di vista, la nozione contenuta all'art. 10 della proposta di regolamento ricalca quella rilevante ai fini della determinazione del rischio di danno grave nel contesto del riconoscimento dello *status* di protezione sussidiaria di cui all'art. 15, lett. *c*, della direttiva qualifiche 2011/95⁵¹. È pertanto possibile

⁵⁰ In tal senso anche il documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna le proposte che costituiscono il Patto, SWD(2020) 607 final del 23 settembre 2020, p. 13.

⁵¹ In virtù di tale disposizione “[s]ono considerati danni gravi: [...] c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”. Nella sentenza di *Elgafaji*, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito che il termine “indiscriminata” implica che la violenza “può estendersi alle persone a prescindere dalla loro situazione personale”. In particolare, il termine “individuale” riguarda “danni contro civili a prescindere dalla loro identità, qualora il grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto armato in corso [...] raggiunga un livello così elevato che sussistono fondati motivi di ritenere che un civile rientrato nel paese in questione o, se del caso, nella regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio di questi ultimi, un rischio effettivo di subire la minaccia grave di cui all'art. 15, lett. c), della direttiva” (sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2009, causa C-465/07, punti 34 e 35).

affermare che la protezione immediata possa essere concessa a quei soggetti che, in assenza di una situazione di crisi e di sovraccarico per il sistema di asilo dello Stato interessato che conduca a sospendere l'esame delle domande di protezione internazionale, avrebbero ottenuto la tutela di cui all'art. 15 della direttiva qualifiche. Del resto, l'art. 10, par. 2, della proposta di regolamento riconosce ai beneficiari dello *status* di protezione immediata l'accesso effettivo a tutti i diritti applicabili ai beneficiari della protezione sussidiaria, potendosi le due forme di protezione pertanto considerare a tal fine equivalenti, pur nella diversità dei presupposti (il riconoscimento della protezione sussidiaria prescinde infatti dalla presenza di un afflusso massiccio di cittadini di paesi terzi o di apolidi la cui entità rende inefficace il sistema di asilo, accoglienza o rimpatrio dello Stato membro in questione). I diritti riconosciuti ai beneficiari della protezione immediata includono, quindi, la protezione dal respingimento, il diritto a ricevere le informazioni sui diritti e sugli obblighi connessi al loro *status*, il diritto all'unità del nucleo familiare, il diritto a ricevere un permesso di soggiorno, la libertà di circolazione nel territorio dello Stato membro. A questi si aggiungono, secondo modalità equivalenti a quelle previste per i cittadini dello Stato interessato, l'accesso all'occupazione, all'istruzione, alle procedure di riconoscimento delle qualifiche e convalida delle competenze, il diritto alla sicurezza e all'assistenza sociale, l'assistenza sanitaria, i diritti riguardanti i minori non accompagnati, l'accesso all'alloggio e alle misure di integrazione, nonché l'assistenza all'eventuale rimpatrio⁵².

Al contrario di quanto osservato rispetto all'ambito di applicazione soggettivo, in relazione al contenuto della protezione, la proposta si esprime in termini più ampi rispetto alla direttiva sulla protezione temporanea. I beneficiari di quest'ultima, infatti, non godono necessariamente di parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato che ha concesso la protezione in relazione al diritto di esercitare attività lavorativa subordinata o autonoma, al diritto all'istruzione e alla formazione professionale, nonché all'assistenza e alla sicurezza sociale. Anche il diritto al ricongiungimento familiare⁵³ è subordinato a precise condizioni e la direttiva non menziona il diritto di circolare nel territorio dello Stato membro interessato. Da questo punto di vista, l'adozione del regolamento rappresenterebbe un passo in avanti rispetto all'attuale direttiva.

⁵² In tal senso punto 3.1 della relazione accompagnatoria alla proposta che riprende gli artt. 20 ss. della direttiva qualifiche dedicati al contenuto della protezione internazionale. Sui diritti spettanti ai beneficiari di protezione internazionale, S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2019, p. 80 ss.

⁵³ V. *supra*, par. 2.

Con riguardo, infine, alla durata della protezione immediata emerge invece un ulteriore profilo di criticità del futuro regolamento. Viene infatti stabilito che l'atto di esecuzione della Commissione abbia una durata massima pari ad un anno⁵⁴, potendosi pertanto anche prevedere anche una durata inferiore, a differenza di quanto previsto dalla direttiva sulla protezione temporanea, il cui art. 4 prevede una durata fissa pari ad un anno, prorogabile automaticamente di sei mesi in sei mesi per un periodo massimo di un ulteriore anno. La scelta non rispecchia neppure quella adottata dalla proposta di regolamento qualifiche del 2016, fatta salva dal nuovo Patto, che stabilisce che per i beneficiari dello *status* di protezione sussidiaria il permesso di soggiorno abbia un periodo di validità di un anno, rinnovabile per periodi di due anni⁵⁵. I beneficiari della protezione immediata potranno pertanto godere di un più ampio ventaglio di diritti, equiparabili a quelli legati alla protezione sussidiaria, ma per un periodo più breve. Peraltro, la proposta nulla detta per la situazione in cui, al termine del periodo stabilito nella decisione della Commissione, la situazione di crisi dovesse perdurare.

Ai sensi dell'art. 10, par. 1, della proposta, la concessione di tale *status* non pregiudica la possibilità di fare domanda di protezione internazionale o la domanda eventualmente già in corso nello Stato membro interessato. In quest'ultimo caso, considerando che l'atto della Commissione non può rimanere in vigore per più di un anno, al termine di tale periodo i beneficiari acquisteranno lo *status* di richiedenti protezione internazionale, con conseguente ritorno all'esame della situazione individuale del soggetto in cerca di protezione e contestuale regressione dei diritti loro spettanti destinata ad aumentarne la vulnerabilità.

6. La proposta in esame è volta a consentire agli Stati membri di reagire in modo flessibile e rapido a situazioni di crisi migratoria e di forza maggiore, consentendo loro di agire in più direzioni: beneficiando di meccanismi di solidarietà obbligatoria; derogando a determinate norme procedurali previste dalla nuova proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione, dal futuro regolamento procedure e dalla futura direttiva

⁵⁴ Art. 11, par. 3, della proposta.

⁵⁵ Art. 26 della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, COM(2016) 466 final, 13 luglio 2016.

rimpatri; consentendo, per le situazioni di crisi, il rilascio di permessi di soggiorno legati al riconoscimento della protezione immediata.

Sebbene fino ad oggi quello della protezione temporanea sia stato un tema piuttosto trascurato, esso sembra tornare ad occupare un ruolo centrale grazie alla presentazione della proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore, qualificato dalla Commissione come una delle priorità all'interno del Patto sulla migrazione e l'asilo. La *road-map* allegata alla comunicazione che accompagna la presentazione delle proposte che compongono il Patto ne prevede infatti l'adozione entro il secondo trimestre 2021. Ciononostante, oltre a quelle già sottolineate legate all'ambito soggettivo e alla durata della protezione immediata, diverse sono le criticità che sembrano accompagnare il nuovo strumento facendo dubitare della sua futura applicabilità in concreto.

Suscita innanzitutto perplessità la mancata previsione della possibilità di riconoscere la protezione immediata in presenza di situazioni di forza maggiore e, soprattutto, la mancata relazione tra queste e quelle di crisi, potendo in realtà una situazione di forza maggiore rappresentare anche il risultato di un afflusso massiccio di migranti⁵⁶.

In secondo luogo, persistono dubbi circa l'applicabilità in concreto del futuro regolamento. È innegabile che il passaggio di competenze dal Consiglio alla Commissione ai fini dell'adozione della decisione che autorizza le misure sopra indicate, tramite una procedura più snella che non richiede più l'accordo degli Stati, rappresenti un elemento positivo. Il fallimento della direttiva sulla protezione temporanea è stato imputato all'impossibilità di raggiungere tale accordo, forse a causa del convincimento che il rango dei diritti legati a tale *status* fosse troppo elevato oppure della difficoltà, in assenza di indicatori precisi, di determinare quando ricorre una situazione di afflusso massiccio⁵⁷. Allo stesso tempo, tuttavia, è opportuno segnalare come la Commissione non abbia mai formalmente proposto al Consiglio l'adozione di una decisione in tal senso, rendendo molto incerta la possibilità che, in seguito all'adozione del nuovo strumento, possa al contrario valutare, su richiesta degli Stati, di adottare la decisione *ex artt.* 3 e/o 10 della proposta in esame.

Peraltro, vista la durata molto breve del periodo di vigenza delle misure adottate dalla Commissione rispetto a quella prevista dalla attuale direttiva, è prevedibile altresì che saranno gli Stati stessi ad astenersi da una eventua-

⁵⁶ Cfr. C. SCISSA, *The (new) Commission's approach on temporary protection and migration crisis*, 30 novembre 2020, p. 1 ss., a p. 4, www.adimblog.com/2020/11/30/the-new-commissions-approach-on-temporary-protection-and-migration-crisis.

⁵⁷ M. INELI-CIGER, *What a difference two decades make?*, cit., p. 2.

le richieste di attivazione dei meccanismi del regolamento, preferendo misure nazionali di protezione temporanea, come avvenuto in questi anni⁵⁸.

In generale, come anche dimostrato dalla definizione in termini molto ristretti di soggetti aventi diritto alla protezione temporanea, dalla proposta emerge una visione che considera il nuovo strumento più come mezzo per consentire agli Stati, il cui sistema d'asilo per un certo periodo non riesca a funzionare correttamente, di alleggerire la pressione su di essi gravante, che non un istituto a tutela di soggetti vulnerabili⁵⁹.

⁵⁸ H. BEIRENS, S. MAAS, S. PETRONELLA, M. VAN DER VELDEN, *Study*, cit., p. 84 ss.

⁵⁹ Cfr. G. MORGESE, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea nel nuovo Patto*, cit., p. 19, il quale sottolinea come anche i meccanismi di solidarietà nelle proposte di regolamento Gestione e Crisi siano declinati in funzione delle esigenze dei paesi membri piuttosto che quelle dei soggetti migranti.

UNA RILETTURA DI ALCUNE MISURE DEL PATTO SULLE MIGRAZIONI ALLA LUCE DELLA SUSSIDIARIETÀ: IL VALORE AGGIUNTO EUROPEO COME UTOPIA?

LUISA MARIN*

SOMMARIO: 1. Il nuovo Patto sulle migrazioni e l'asilo nel suo contesto: verso una progressiva diluizione del significato giuridico dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia? – 2. Le proposte della Commissione: lo *screening* preliminare all'ingresso. – 3. La nuova proposta di regolamento sulle procedure di frontiera, tra ambizione e realtà. – 4. La sponsorizzazione dei rimpatri ed il miraggio della solidarietà inter-statale: uscita dalla porta, potrà davvero rientrare dalla finestra? – 5. Le misure del Patto ed il loro valore aggiunto (europeo): è necessaria la rianimazione per la sussidiarietà?

1. Nel presentare il suo nuovo Patto sulle migrazioni e l'asilo del 23 settembre 2020, la Commissione ne ha sottolineato gli elementi di novità¹: nonostante vi siano effettivamente dei tentativi di creare uno sblocco a situazioni di stallo politico, sono in verità preponderanti gli elementi di continuità rispetto al passato², e di consolidamento di *trend* esistenti e già in atto³: è il caso delle politiche di esternalizzazione dei controlli sui confini e sulle migrazioni⁴.

* Marie Skłodowska-Curie Individual Fellow, Istituto Universitario europeo. Questo scritto si sviluppa all'interno di un progetto che ha ricevuto un finanziamento dal programma Horizon 2020 dell'UE, Marie Skłodowska-Curie grant agreement N. 891762. Esso rappresenta unicamente le opinioni dell'Autore e non esprime in alcun modo la posizione dell'Istituzione finanziatrice. Una bozza di questo lavoro è stata presentata alla Commissione XIV – Politiche sull'Unione europea - del Senato della Repubblica, durante un *webinar* tenutosi nel dicembre 2020 ed organizzato insieme alla Prof.ssa E. Pistoia, con interventi dei Prof. M. Borraccetti, B. Boschetti, E. Pistoia, M. Savino e della sottoscritta.

¹ European Commission, A fresh start on migration: Building confidence and striking a new balance between responsibility and solidarity, Press Release, 23 September 2020, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1706 ;

² D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *EU Immigration and Asylum Law Blog*, 28 September 2020.

³ Il consolidamento delle tendenze in corso riguarda l'esternalizzazione delle pratiche di controllo delle migrazioni e delle frontiere, il ricorso alle tecnologie nei sistemi di controllo (ulteriore sviluppo di Eurodac, completamento del percorso verso la piena interoperabilità tra i sistemi e database), ed anche il rafforzamento del ruolo dell'esecutivo europeo, attraverso una maggiore gestione congiunta delle politiche grazie al coinvolgimento delle agenzie europee: queste sono tutte politiche che trovano nel Patto un consolidamento.

⁴ J.-P. CASSARINO, L. MARIN, *The New Pact on Migration and Asylum: Turning Euro-*

Su questo fronte il nuovo Patto non solo riprende le politiche di esternalizzazione⁵, ma in qualche modo le sviluppa verso l'interno dell'Unione, proprio sul territorio dell'UE, andando a proporre diverse misure che sembrano rispondere ad un disegno finale mirante ad 'alleggerire' di significato (giuridico) l'ingresso nel territorio europeo dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale.

Questo avviene in vari modi: in primis, consolidando e sviluppando la già esistente finzione di non ingresso, che è stata potenziata, tra gli altri, dalla Germania in risposta alla crisi dei rifugiati del 2015-2016⁶; in secondo luogo, scollegando dalla presenza sul territorio il godimento di diritti procedurali e di accesso ad un sistema dell'asilo, che ora dovrà essere filtrato al momento dell'ingresso, alle frontiere.

Nel Patto, le frontiere degli Stati membri vengono caricate di nuovi significati e funzioni, nel tentativo di creare un sistema di controllo delle migrazioni più efficiente, e di attribuire ai confini, oltre ad una funzione di blocco, anche un ruolo di filtro e di creazione di diverse categorie di migranti, che poi dovranno essere incanalati ed indirizzati verso regimi giuridici diversi e con diverse garanzie procedurali.

Questo *post* si concentra sulle seguenti misure: le proposte di regolamento di *screening* pre-ingresso⁷, quella sulle nuove procedure di frontiera⁸ e, in misura limitata, sul meccanismo della sponsorizzazione dei rimpatri⁹.

pean Union Territory into a non-Territory, in *EuLawAnalysis*, 30.11.2020, eulawanalysis.blogspot.com/2020/11/the-new-pact-on-migration-and-asylum.html.

⁵ B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Brill, 2010; see also M. CREMONA, J. MONAR, S. POLI, *The External Dimension of the Area of Freedom, Security and Justice*, Bruxelles, 2011; E. GUILD, S. CARRERA, T. BALZACQ, *The Changing Dynamics of Security in an Enlarged European Union*, CEPS Challenge Programme, Research Paper n. 12, 2008.

⁶ K. SODERSTROM, *Flexible borders: The fiction of non-entry and asylum seekers in Germany*, in *The Comparative Network on Refugee Externalisation Policies (CONREP) blog*, 17 luglio 2019.

⁷ Commissione europea, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817 (di seguito: proposta di regolamento sullo screening), COM (2020) 612 fin., del 23 settembre 2020.

⁸ Commissione europea, proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE (di seguito: proposta modificata di regolamento procedure), COM (2020) 611 fin., 23 settembre 2020.

⁹ Commissione europea, proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione] (di seguito: proposta regolamento gestione asilo e migrazione), COM (2020) 610 fin., del 23 settembre 2020.

Queste misure, come si avrà modo di sviluppare nel corso del *post*, vanno nella direzione di consolidare lo scardinamento del significato tipico della presenza fisica della persona migrante sul territorio dello stato: accesso ad un sistema giuridico governato dalla *rule of law*, sistema nel quale la persona soggetta al controllo delle autorità pubbliche sia garantita dal diritto nell'interazione con le stesse.

Il diritto dell'UE da sempre riconosce una certa discrezionalità agli Stati, sia nell'ambito del controllo delle frontiere che nel contesto delle procedure di asilo. Si pensi, ad esempio, alla nozione di ordine pubblico e di sicurezza interna, *ex art. 72 TFUE*, che la Corte di giustizia ha interpretato in modo non univoco, con riferimento ai cittadini di Paesi terzi¹⁰. Si pensi altresì al diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, che la Corte di giustizia interpreta in modo più restrittivo nel contesto del diritto di asilo¹¹. È pertanto legittimo sostenere che il diritto europeo protegga l'individuo in modo diverso a seconda delle sue "caratteristiche giuridiche", immaginando un cerchio concentrico nel quale il cittadino europeo sta al centro dello stesso¹².

Tuttavia, nonostante queste doverose contestualizzazioni, deve essere sottolineato che con le proposte del Patto, la Commissione interviene proprio nella direzione di consolidare sviluppi problematici dell'evoluzione del diritto europeo proprio nel territorio degli Stati membri dell'UE, sviluppi che devono essere analizzati con attenzione.

Questa tendenza va ascritta nel contesto complessivo delle politiche dell'Unione europea e degli Stati membri, che da quasi due decenni si sono appunto spinte a cercare fronti di cooperazione con stati terzi attraverso politiche di esternalizzazione¹³; più di recente, l'esternalizzazione si è spinta, anche dopo la nota sentenza *Hirsi* della Corte europea dei diritti umani, a forme di coinvolgimento a vario titolo (dalla fornitura di mezzi

¹⁰ M. SAVINO, *On Failed Relocation and Would-be Leviathans: Towards the New Pact on Migration and Asylum*, in *ADiMBlog*, Case Law Commentary, luglio 2020.

¹¹ C. FAVILLI, *Armonizzazione dei livelli nazionali e standard di tutela dei diritti fondamentali: il caso del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva in materia di asilo*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 688 ss.; G. CAGGIANO, *Il richiedente la protezione internazionale davanti al giudice tra tutela giurisdizionale effettiva e autonomia processuale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3. 2019, p. 579.

¹² Conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella dell'11 luglio 2019, cause riunite C-381/18 e C-382/18, G.S. (C-381/18) e V.G. (C-382/18) c. *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*.

¹³ Sulle quali si veda G. CAGGIANO, *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti asilo*, in *Studi sull'integrazione europea*, nn. 2-3, 2016, p. 221 ss.

all'addestramento delle guardie di frontiera) dei Paesi terzi nella gestione e contenimento del fenomeno migratorio¹⁴.

Quello che tuttavia si deve registrare in questo *trend* recente è che la proiezione delle politiche europee di contenimento delle migrazioni verso l'interno del territorio dell'UE porta, tra i vari effetti, anche ad una diluizione del significato dello spazio giuridico europeo, in particolare del significato della relazione tra territorio di uno Stato membro come "porta di accesso" ad una Unione che è, oltre ad un mercato, anche uno Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia: questa diluizione è idonea ad incidere sulla natura stessa dell'Unione come comunità di diritto, anche se riguarda le frontiere¹⁵.

Dopo questa introduzione, l'analisi si concentra sull'esame di alcune misure del Patto, al fine di individuarne gli aspetti problematici, sia dal punto di vista del diritto europeo, che nella prospettiva dell'attuazione delle stesse negli Stati membri, con particolare riferimento alla differenziazione tra stati di primo ingresso e non.

2. Un primo strumento chiave proposto con il Patto è costituito dalla proposta di regolamento sullo *screening* pre-ingresso nei confronti dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne¹⁶. La proposta prevede accertamenti preliminari che dovrebbero applicarsi a tutti i cittadini di Paesi terzi presenti alla frontiera esterna che non soddisfano le condizioni d'ingresso, o che sono sbarcati a seguito di un'operazione di ricerca e soccorso. In sostanza, lo *screening* pre-ingresso sarà applicabile ai migranti che attraversano le frontiere esterne senza autorizzazione.

Lo scopo dello *screening* è di accelerare il processo di determinazione dello status di una persona ed il tipo di procedura da applicare in seguito. Più precisamente, lo *screening* deve effettuare una prima identificazione delle persone, e contribuire a garantire che i cittadini di Paesi terzi interessati siano indirizzati alle procedure appropriate il più presto possibile, anche evitando la fuga dopo l'ingresso nel territorio per raggiungere uno stato diverso da quello di arrivo. In sostanza, lo *screening* dovrebbe permettere l'identificazione e la raccolta di dati biometrici, unitamente ad una fun-

¹⁴ V. MORENO-LAX, M. GIUFFRÈ, *The Rise of Consensual Containment: From 'Contactless Control' to 'Contactless Responsibility' for Forced Migration Flows*, in S. JUSS (ed.), *Research Handbook on International Refugee Law*, Edward Elgar, 2016. See also V. MORENO-LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control - On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the "Operational Model"*, in *German Law Journal*, 2020, pp. 385 – 416.

¹⁵ Per un'analisi sulle specificità delle frontiere, si veda D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 225 ss.

¹⁶ Proposta di regolamento sullo *screening*, COM (2020) 612 final, cit.

zione di filtro e differenziazione tra i migranti, che, stando ai *trend* recenti, viaggiano in flussi misti¹⁷; questo dovrebbe anche contribuire a limitare i movimenti secondari, obiettivo politico di grande rilevanza per molti stati dell'Europa settentrionale e centrale.

Nella nuova concezione della gestione del fenomeno migratorio prevista nel Patto, la procedura di *screening* diventa *standard* per tutti i migranti che hanno attraversato il confine in maniera irregolare, anche per le persone sbarcate a seguito di un'operazione SAR, e per quelle che richiedono protezione internazionale ai valichi di frontiera esterna o nelle zone di transito; con il regolamento sullo *screening*, a tutte queste categorie di persone non sarà consentito di entrare nel territorio dello Stato durante lo *screening*¹⁸, ma saranno trattenute "in luoghi ubicati presso le frontiere esterne o nelle loro vicinanze", conformemente all'art. 6, paragrafo 1, della proposta.

Di conseguenza, diverse categorie di migranti, compresi i richiedenti protezione internazionale (tra cui l'asilo) che sono per definizione persone vulnerabili, devono essere trattenute in luoghi situati alle frontiere esterne o in prossimità di esse, per un periodo di tempo (fino a cinque giorni, che possono diventare al massimo dieci), definiti nel regolamento, ma che devono essere in pratica rispettati dalle amministrazioni nazionali. Viene in sostanza operata un'equazione implicita tra queste diverse categorie di persone, ed il denominatore comune di questa operazione è l'aver attraversato la frontiera in modo non autorizzato.

Allo stesso tempo, nonostante in molti casi il migrante sia già fisicamente presente sul territorio¹⁹, la proposta si regge su una finzione di non ingresso, perché all'art. 4 si prevede che le persone non siano autorizzate ad entrare nel territorio di uno Stato²⁰.

La nuova proposta della Commissione, che riprende e sviluppa una procedura già prevista dal Codice Frontiere Schengen²¹, richiede ai Paesi membri di organizzare l'accoglienza dei migranti durante lo screening: il punto da sottolineare è che viene richiesto dall'Unione agli stati di primo ingresso di affrontare una procedura più articolata, e quindi più onerosa dal punto di vista organizzativo, rispetto alla prassi precedente. In più, da un lato la Commissione richiede agli stati di limitare la detenzione dei mi-

¹⁷ Proposta di regolamento sullo *screening*, COM (2020) 612 final, considerando 8, p. 17.

¹⁸ Proposta di regolamento sullo *screening*, COM (2020) 612 final, artt. 3 e 4.

¹⁹ Si pensi, ad esempio, a Grecia, Malta, Italia, che hanno molte isole sulle quali i migranti sbarcano.

²⁰ Recita l'art. 4, paragrafo 1: "Durante gli accertamenti le persone di cui all'articolo 3, paragrafi 1 e 2, non sono autorizzate a entrare nel territorio di uno Stato membro".

²¹ D. THYM, *European Realpolitik*, cit.

granti²², ma dall'altro la stessa richiede di trattenere i migranti ai confini, caricando in sostanza i Paesi di primo ingresso di nuove incombenze amministrative e procedurali, con dei possibili risvolti logistici.

Con lo *screening*, in sostanza, viene richiesto agli Stati di incrementare pratiche di trattenimento degli stranieri in contesti quali zone di transito, *hotspot* o simili; questo implica un aumento del carico amministrativo ed organizzativo-logistico che questi Paesi già sopportano, e con esso aumenterà la pressione mediatica sui confini: in tutto ciò, garantire il rispetto dei diritti fondamentali in questi contesti sarà senz'altro un onere in capo agli apparati amministrativi nazionali, ed ancora più complesso rispetto allo status quo.

Data la rilevanza europea della fase di *screening*, anche il rispetto dei diritti fondamentali dovrebbe essere monitorato, magari dalle agenzie, come espressione delle istituzioni: a questo proposito, il meccanismo istituito dall'articolo 7 lascia molto, troppo, alla discrezionalità degli Stati membri, senza porre garanzie adeguate a livello europeo per garantire il rispetto del diritto dell'Unione, che comprende anche i diritti fondamentali sanciti nella Carta²³, con particolare riferimento all'accesso all'asilo ed al rispetto del principio di *non-refoulement*. L'Agenzia europea per i diritti fondamentali (FRA) è scarsamente coinvolta, e principalmente su richiesta degli Stati membri. È difficile ipotizzare che in un contesto di frontiera, dove la precarietà è la norma, questo debole sistema di monitoraggio possa dare un contributo seppur minimo a garantire il rispetto della dignità umana, un valore fondativo dell'UE come una comunità di diritto.

E, date le ambiguità non risolte in tema di solidarietà ed equa condivisione nella gestione delle implicazioni della migrazione, non è nemmeno strano che questo meccanismo all'acqua di rose sia proposto della Commissione: si tratta di un livello minimo, o al di sotto del minimo, che non può essere superato dagli Stati maggiormente esposti alle pressioni migratorie, finché non viene prima risolto in modo adeguato il nodo dell'attuazione di politiche attive di solidarietà interstatale²⁴. Chi potrebbe accettare un maggior livello di monitoraggio, visto che, alla fine della fiera, ogni stato deve fare i compiti a casa, per conto proprio? Sia la proposta relativa allo screening che quella relativa alle procedure di frontiera, infatti, non operano un'integrazione sostanziale del ruolo sviluppato dalle agenzie in

²² proposta modificata di regolamento procedure, COM (2020) 611 final, p. 12, in relazione al rapporto tra trattenimento e diritti fondamentali.

²³ L.S. ROSSI, *Stesso valore giuridico dei Trattati?* Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2016, pp. 329 – 356.

²⁴ Sulla solidarietà, si veda G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018.

via di prassi²⁵. Stando così le cose, si spiega anche perché l'approccio proposto dalla Commissione sul monitoraggio sia davvero insufficiente.

Altresì, non è chiaro se il trattenimento dei migranti in queste aree, per lo screening ma anche nelle successive procedure di frontiera, debba essere qualificato come detenzione dal punto di vista giuridico, e, nell'affermativa, quale sia il regime giuridico europeo applicabile a questa detenzione. Nella prassi, è pacifico che la situazione che si verrà a realizzare sarà una detenzione almeno nei fatti, talvolta facilitata dalle peculiarità geografiche, come già accade per le isole della Grecia, a titolo di esempio²⁶.

A questo proposito, deve essere ricordato come la Commissione si stia muovendo su un terreno non privo di limiti giuridici: al contrario, la Corte di giustizia si è recentemente pronunciata²⁷ su una delle due zone di transito ungheresi (Röszke e Tompa) in una sentenza che si inserisce in un quadro di pronunce relative al fronte magiaro della *rule of law*, decidendo che il regime di trattenimento applicato al loro interno debba essere qualificato come detenzione, superando con questa interpretazione il livello di protezione offerto dalla stessa Corte europea dei diritti umani²⁸. Non si vede come i parametri chiariti in quella decisione non debbano trovare applicazione anche al caso dei migranti trattenuti durante la fase di *screening*, eccezion fatta per il limite temporale, che con lo screening non dovrebbe superare i dieci giorni. In particolare, la sentenza richiede che la detenzione presupponga una decisione motivata e che possano essere valutate la necessità e la conformità della misura attraverso un ricorso effettivo²⁹.

Un'altra questione problematica riguarda la qualificazione e relativa base giuridica del trattenimento dei migranti e richiedenti protezione durante lo screening, che trova fondamento nella stessa proposta, ma che non viene espressamente identificato come detenzione.

Rimane tuttavia ipotizzabile che le amministrazioni nazionali faranno fatica a rispettare i tempi stretti previsti per il sistema di screening, come l'esperienza degli *hotspot* in Grecia ha dimostrato³⁰, queste domande di

²⁵ Cfr sul punto, L. TSOURDI, *The New Pact and EU Agencies: an ambivalent approach towards administrative integration*, in *EU Immigration and Asylum Law Blog*, 6 November 2020.

²⁶ G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum and the dangerous multiplication of 'anomalous zones' for migration management*, in *ASILE blog*, 27 November 2020.

²⁷ Sentenza della Corte del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *F.M.S. et al.*

²⁸ Cfr. L. MARIN, *La Corte di Giustizia riporta le 'zone di transito' ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in *ADiM Blog*, maggio 2020.

²⁹ Sentenza *F.M.S.*, cit., paragrafi 266 e 281.

³⁰ Legal Centre Lesvos, *The Workings of the Screening Regulation: Juxtaposing proposed EU rules with the Greek reception and identification procedure*, in *Statewatch.org*, 29 January 2021.

venteranno più urgenti, accanto alla questione molto pratica della sistemazione effettiva dei migranti durante la procedura, che in generale non consente l'accesso al territorio. A questo proposito, vale la pena ricordare come in molti casi, gli *hotspot* siano attrezzati per un passaggio veloce dei migranti, che vengono immediatamente spostati in altra struttura³¹.

L'efficace funzionamento delle pratiche di *screening* è legato al rispetto di ristretti limiti temporali, cinque giorni, nel caso tipico, che possono al massimo diventare dieci, in circostanze eccezionali, qualora il numero di persone da sottoporre a screening sia straordinario. La proposta europea sembra ispirarsi alla legge greca sulla protezione internazionale e alla relativa prassi sviluppatasi sugli *hotspot*, in particolare quello famigerato di Moria a Lesbo³². A questo proposito, è noto come la presenza di limiti temporali non abbia impedito il verificarsi di prassi di trattenimento incompatibili con il rispetto dei diritti fondamentali, oltre che del principio base della dignità della vita umana³³.

È in questa logica che la proposta di regolamento prevede all'articolo 14, paragrafo 7, che lo screening debba terminare decorso il termine temporale previsto, anche se le verifiche non sono completate: tuttavia, la domanda che rimane è: terminato lo *screening*, a quale procedura viene indirizzato il richiedente e come è stata determinata la fase successiva? Sembra corretto esprimere preoccupazione sul fatto che la fase della procedura successiva allo *screening* venga determinata in modo molto approssimativo: questo solleva l'importante questione della protezione dei diritti nel contesto dello screening. Per la rilevanza della stessa, è necessario concludere che durante la procedura è necessario che il migrante coinvolto possa avvalersi della assistenza di un avvocato, oltre che della presenza di strumenti di interpretariato e mediazione, che tuttavia al momento non sono previsti³⁴. Anche alla luce di questo argomento, la previsione di strumenti di monitoraggio adeguati è quanto più necessaria.

Come è stato anticipato, questa rafforzata fase di *screening* pre-ingresso ha diverse finalità: *in primis*, quella di garantire, tra l'altro, che gli Stati di primo ingresso “facciano i compiti a casa” per quanto riguarda la raccolta

³¹ Si veda in proposito l'indagine condotta da ASGI in relazione alla presenza di locali per il trattenimento nei centri hotspot con richieste di accesso civico generalizzato, le cui risposte sono riportate qui: inlimine.asgi.it/appositi-locali-per-il-trattenimento-dei-richiedenti-asilo-in-hotspot/. Non si ritiene utile approfondire in questa sede la questione relativa alla dimensione interna della legittimità del trattenimento alla frontiera, con riferimento all'Art. 13 della Costituzione, che pure rimane.

³² Legal Centre Lesvos, *The Workings of the Screening Regulation*, cit.

³³ Meijers Committee Comments on the Migration Pact – Asylum Screening Regulation, November 2020, di seguito: CM 2010, p. 2.

³⁴ Nello stesso senso, si veda: CM 2010, p. 7.

di informazioni e dati relativi ai migranti: con gli stessi dati viene alimentato il corposo sistema europeo di banche-dati (leggasi: EURODAC, SIS II, VIS, ETIAS, EES...), che di recente è stato ulteriormente rafforzato grazie al regolamento sull'interoperabilità³⁵, ma che porta con sé preoccupanti tensioni su equilibri delicati, quali quelli relativi al bilanciamento tra diritti fondamentali e contrasto al crimine, con evidenti rischi di discriminazioni a carico dei migranti³⁶. In secondo luogo, la procedura di *screening* ha rilevanza per il singolo caso, poiché le procedure alla frontiera sono delle procedure nelle quali il tempo è limitato, grazie ad un certo sacrificio delle garanzie procedurali, perché con lo *screening* si determina quello che succede dopo lo stesso. In terzo luogo, nel caso in cui lo *screening* si concluda con un rifiuto di ingresso, vi è un primo effetto sostanziale dello *screening*, che viene condotto, deve essere sottolineato, senza assistenza legale e senza che vi sia la possibilità di un mezzo di ricorso contro l'esito dello stesso.

E, benché l'esito dello *screening* non costituisca una decisione dal punto di vista formale, ma semplicemente ha esito in un modulo di *de-briefing*, questo modulo "dà sostanza" alla fase successiva della procedura, che potrà essere una procedura di frontiera, e che potrebbe anche concludersi con un rifiuto di ingresso³⁷ o con un rimpatrio.

Nel complesso, questa apparente irrilevanza formale dello *screening* non è altro che fuorviante, date le importanti implicazioni sostanziali, sui diritti della persona, in termini di determinazione di una procedura o

³⁵ Regolamento (UE) 2019/817 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore delle frontiere e dei visti e che modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1726 e (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio e le decisioni 2004/512/CE e 2008/633/GAI del Consiglio. Si veda altresì il regolamento (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 e (UE) 2019/816.

³⁶ See E. BROUWER, *Large-Scale Databases and Interoperability in Migration and Border Policies: The Non-Discriminatory Approach of Data Protection*, in *European Public Law*, n. 1, 2020, pp. 71 – 92; G. CAGGIANO, *L'interoperabilità fra le banche-dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2020; N. VAVOULA, *Stepping Up the Fight Against Impunity in EU Law: Access to Immigration Databases by National Law Enforcement Authorities and Europol*, in L. MARIN, S. MONTALDO, *The Fight Against Impunity in EU Law*, p. 209 ss., p. 237. In particolare, sul Patto, si veda la posizione del Garante europeo sulla Protezione dei Dati (EDPS), parere 9/2020, EDPS Opinion on the New Pact on Migration and Asylum, che si trova nel sito istituzionale dello stesso, novembre 2020.

³⁷ Art. 14, paragrafo 1 della proposta di regolamento sullo *screening*, confermato dal considerando 40 della proposta modificata di regolamento procedure relativo alle procedure frontiera.

un'altra. È altresì noto che le procedure di frontiera siano meno protettive dei diritti della persona rispetto alla procedura ordinaria, proprio a causa della compressione temporale e del minor livello di accuratezza dell'esame delle situazioni sostanziali³⁸.

È per questo motivo che il rispetto di alcuni diritti procedurali è di fondamentale importanza: da una “qualifica” decisa in sede di “*screening*” dipende una specifica procedura nella fase successiva. È pertanto auspicabile che il Parlamento ed il Consiglio incrementino le garanzie procedurali dello *screening* in fase di discussione della proposta della Commissione³⁹.

3. Un altro tassello cruciale in questo processo di rafforzamento dei confini e di semplificazione delle procedure alla frontiera è costituito dalla riforma delle procedure di frontiera, che viene realizzata modificando la proposta di “regolamento procedure” del 2016, riforma che tuttavia non ha portato all'adozione di un nuovo strumento legislativo (di seguito: proposta sulle procedure di frontiera)⁴⁰.

Sebbene le procedure di frontiera siano già presenti nell'attuale regolamento del 2013, con la proposta del 2020 queste vengono ora declinate come una “procedura di frontiera per l'asilo e il rimpatrio”, unitamente ad un potenziamento della procedura accelerata; accanto alla normale procedura di asilo, queste opzioni procedimentali trovano collocazione al termine della fase di *screening* pre-ingresso.

Altra importante novità è costituita dal fatto che le nuove procedure di frontiera diventano obbligatorie (ai sensi dell'articolo 41, paragrafo 3) per i richiedenti protezione che attraversano la frontiera esterna in modo non autorizzato o in seguito ad uno sbarco collegato ad una operazione di ri-

³⁸ ECRE, *Border procedures: Not a Panacea*, Policy Note 21/2019, www.ecre.org/wp-content/uploads/2019/07/Policy-Note-21.pdf.

³⁹ Nello stesso senso, si vedano: L. JAKULEVIČIENĖ, *Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedures at the EU external borders*, in *EU Immigration and Asylum Law Blog*, 27 October 2020; Meijers Committee: ‘Comments on the Migration Pact – Asylum Screening Regulation’, November 2020, documento: CM 2010. L. JAKULEVIČIENĖ sottolinea altresì quella che si può chiamare la “neutralità” dello *screening*. Infatti, una delle finalità dello *screening* è quella di indicare qualsiasi elemento che potrebbe essere rilevante per indirizzare i cittadini di Paesi terzi alle procedure di esame accelerato o alle procedure di frontiera. In altre parole, lo *screening* deve indicare nel modulo di *de-briefing* le opzioni successive della procedura che proteggono i richiedenti asilo meno di altre. Il discorso, tuttavia, non vale nel senso opposto: non viene escluso dallo *screening* il cittadino che ha presentato una domanda di asilo e che proviene da un Paese con un alto tasso di riconoscimento.

⁴⁰ Più precisamente: proposta modificata di regolamento procedure, COM (2020) 611 final, cit.

cerca e soccorso, e, in aggiunta, trova applicazione una di queste circostanze:

- il richiedente rappresenta un rischio per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico;
- il richiedente ha fornito informazioni o documenti falsi o ha nascosto informazioni o documenti pertinenti;
- il richiedente proviene da un Paese terzo per il quale la percentuale di decisioni positive sul numero totale di decisioni in materia di asilo è inferiore al 20%.

Se sul primo criterio si può anche convenire, sul secondo è lecito dubitare della effettiva capacità del migrante di conoscere, intendere e comprendere la portata e le conseguenze di comportamenti omissivi riguardo a documenti o generalità personali: da questi comportamenti, più o meno consapevoli, dipendono conseguenze significative sulla sfera giuridica della persona.

Le perplessità maggiori, tuttavia, sorgono in relazione al terzo criterio, relativo alla soglia del 20% di decisioni positive. Da un lato, il criterio del 20% è una scelta arbitraria e presuntiva; dall'altro, va ad aggiungersi al criterio del Paese terzo sicuro, usato per valutare l'ammissibilità di una domanda di asilo. Da ultimo, questo criterio si scontra con il principio che ogni domanda di asilo richiede una complessa valutazione individuale della posizione personale del richiedente asilo, introducendo elementi presuntivi per incanalare una persona verso una procedura che offre meno garanzie. In sostanza, la soglia del 20% sembra una soglia arbitraria che introduce elementi presuntivi che debbono necessariamente portare ad una procedura che offre meno garanzie alle persone richiedenti protezione.

Come già anticipato con la proposta relativa allo *screening* pre-ingresso, durante la procedura di frontiera, il richiedente non ha accesso al territorio dell'UE: questa è tuttavia una finzione giuridica, nel senso che il soggetto si troverà o nel territorio dello Stato, o al di fuori dello stesso, ma comunque sotto il controllo, e dunque nella giurisdizione di uno Stato membro: questa situazione, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, è atta a creare situazioni giuridiche che attivano la responsabilità degli stati in relazione alla CEDU⁴¹. In modo analogo, per il diritto dell'Unione trova applicazione sia la Carta che il diritto derivato, se siamo nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione⁴². Aldilà della finzione

⁴¹ Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92; del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15; in stessa data, *Z.A. a.o. c. Russia*, ric. n. 61411/15. Per considerazioni analoghe, si veda CM 2010, p. 2.

⁴² Si pensi all'articolo 51, par. 1, della Carta, per come interpretato dalla Corte di giu-

di non-ingresso, che chiarisce poco ma molto complica, quello che si evince è che durante le procedure di frontiera un soggetto non ha libero accesso al territorio dello Stato, ma deve al contrario rimanere in strutture che si collocano alla frontiera esterna o vicino alla stessa. Anche qua, rimane in capo al Paese di primo ingresso di organizzare le strutture necessarie per le procedure di frontiera: in Italia, ad esempio, la prassi frequente mostra che dopo il *de-briefing*, che si tiene nell'*hotspot*, il migrante viene trasferito nei centri di accoglienza⁴³, che si trovano anche in altre località.

Quello che è certo è che il trattenimento del migrante diventa una detenzione, *de iure* o *de facto*, e si pone il problema della qualifica di questa detenzione, della base giuridica. Valgono in questo caso le stesse e maggiori preoccupazioni per il trattenimento durante lo *screening*, che pure ha una durata temporale limitata, a differenza delle procedure di frontiera, e quindi dovrebbero trovare applicazione i vincoli che la Corte di giustizia ha posto per le zone di transito ungheresi.

Un altro elemento sul quale è doverosa una riflessione è che nella proposta della Commissione, vengono presentate come garanzie quelle situazioni nelle quali non si applicano le procedure di frontiera, ad es., per motivi medici, e quando i requisiti per la detenzione non sussistono, e la procedura di frontiera non può essere eseguita senza ricorso alla detenzione⁴⁴: ad avviso di chi scrive, questo è indicativo della compressione generalizzata dei diritti personali che avviene negli spazi di frontiera⁴⁵.

Benché in generale valgano le garanzie previste dalla proposta di regolamento Procedure, ovvero intervista personale, e valutazione individuale del singolo caso⁴⁶, unitamente alla previsione di assistenza e consulenza giuridica⁴⁷, la prassi applicativa relativa alla direttiva Procedure ha dimostrato che gli Stati non sempre rispettano gli standard posti. E non è solo un problema di rispetto dei diritti dei migranti, ma anche delle tempistiche,

stizia nella sentenza *Akerberg Fransson*. Sulla dimensione esterna del controllo delle migrazioni si veda M. DEN HEIJER, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Oxford, 2012; J. RJPMA, *External Migration and Asylum Management: Accountability for Executive Action Outside EU-territory*, in *europeanpapers.eu*, 2017, pp. 571-596; sull'applicazione extraterritoriale della Carta, si veda E. CANNIZZARO, *The EU's Human Rights Obligations in Relation to Policies with Extraterritorial Effects: A Reply to Lorand Bartels*, in *European Journal of International Law*, n. 4, 2014, p. 1093-1099, spec. p. 1095.

⁴³ Si rinvia in proposito all'indagine condotta da ASGI in relazione alla presenza di locali per il trattenimento nei centri hotspot con richieste di accesso civico generalizzato, le cui risposte sono riportate qui: inlimine.asgi.it/appositi-locali-per-il-trattenimento-dei-richiedenti-asilo-in-hotspot/

⁴⁴ Fattispecie prevista all'art. 41, paragrafo 13 della proposta di regolamento in esame.

⁴⁵ G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum*, op. cit.

⁴⁶ Art. 11-13 prop. 2016.

⁴⁷ Art. 14-17 prop. 2016.

ed il rispetto delle tempistiche ha anche riflessi organizzativi importanti, in termini di capienza ed adeguatezza delle strutture. Il disegno di efficientamento amministrativo della Commissione è senz'altro interessante, ma dove e come si realizza, nella realtà?

Un altro aspetto che deve essere analizzato è il sistema di rimedi contro una decisione adottata in una procedura di frontiera. Se una domanda viene respinta in una procedura di asilo alla frontiera, la procedura di rimpatrio si applica immediatamente. Gli Stati membri devono limitare ad una istanza il diritto a un ricorso effettivo contro la decisione, come previsto dall'articolo 53, paragrafo 9. Il diritto a un ricorso effettivo è quindi limitato, ed altrettanto lo è il diritto di rimanere sul territorio nelle more del ricorso, conformemente al combinato disposto dell'articolo 54, paragrafi 3, 4 e 5.

Inoltre, la proposta del 2020 in esame consente agli Stati membri di limitare il diritto di rimanere, in caso di reiterazione della domanda, e prevede che non vi sia alcun diritto a rimanere nel caso di ricorsi successivi (articolo 54, paragrafi 6 e 7). Più in generale, la presente proposta estende le circostanze in cui il richiedente non ha un diritto automatico di permanenza e questo rappresenta un aspetto che incide in modo significativo e fattuale sulla capacità di impugnare una decisione negativa in una procedura di frontiera.

Nel complesso, si può affermare che la procedura di asilo alla frontiera è una procedura in cui le garanzie sono limitate, poiché i tempi sono contingentati e l'accesso alle vie di ricorso è ridotto al minimo. Si consolida quindi con la proposta sulle procedure di frontiera del 2020 la tendenza alla compressione delle garanzie collegate alla presenza del migrante sul territorio. L'accesso al territorio dello Stato membro, per il non-cittadino richiedente protezione, è quindi privato del suo significato tipico, nel senso che non implica un pieno accesso a un sistema che tutela i diritti con procedure che offrono garanzie e quindi anche dispendiose in termini di tempo.

Alla frontiera, l'efficienza dovrebbe governare un processo in cui l'accesso a una giurisdizione è più leggero, è "meno denso" che in altre circostanze, e per altre categorie di persone. Per concludere, questa espansione dell'esternalizzazione delle politiche di controllo della migrazione avviene "in casa", sul territorio europeo, e mira a prolungare gli effetti delle politiche di contenimento perché rendono meno significativo, in termini legali, l'accesso al territorio dell'UE: la presenza della persona nel territorio dell'UE non comporta il pieno accesso ai diritti connessi alla presenza sul territorio.

Dopo aver illustrato come la proposta di regolamento sulle nuove pro-

cedure di frontiera sia mossa dall'ambizione di contenere il fenomeno migratorio, l'analisi continua con l'esame di un tassello ulteriore delle proposte della Commissione, ovvero la sponsorizzazione dei rimpatri.

4. Un altro tassello fondamentale per il successo delle politiche di contenimento dei migranti irregolari ai confini dell'Unione è la necessaria cooperazione dei Paesi terzi: questi Paesi non solo dovrebbero accettare e accogliere i migranti da rimpatriare dai Paesi europei, ma dovrebbero anche cooperare attivamente con le amministrazioni dei Paesi europei.

Come è stato da tempo sottolineato da diversi studi⁴⁸, questa cooperazione è tutt'altro che scontata e difficile da ottenere, perché, comprensibilmente, anche i Paesi terzi hanno le loro agende politiche in materia di migrazioni, oltre a questioni sociali da affrontare con i migranti rimpatriati.

Allo stesso tempo, l'Unione ha provato dopo la crisi del 2015 ad organizzare la cooperazione infra-UE in materia di gestione dei migranti sbarcati attraverso il sistema dei ricollocamenti, che, come noto, non ha funzionato per una serie complessa di motivi, di natura politica, ma anche amministrativa⁴⁹.

Con il Patto, ed in particolare con la proposta relativa alla sponsorizzazione dei rimpatri⁵⁰, la Commissione cerca di ... segnare un *goal* a partire da un debole *cross* degli Stati membri, che si sono dimostrati restii a far funzionare il sistema di ricollocamenti obbligatori. La Commissione, infatti, in un primo luogo⁵¹ cerca di coinvolgere i Paesi non di primo ingresso nella cooperazione ai rimpatri: come è facile capire, la cooperazione a rimpatriare è un obiettivo politico sul quale è facile far convergere diversi interessi. Il rimpatrio è un *target* desiderato da molti, ma raggiunto in modo più o meno efficace a seconda delle circostanze, della rotta migratoria e dell'accordo con il paese terzo con il quale si tiene il dialogo.

In un secondo momento, dopo che la via del rimpatrio è stata percorsa in modo infruttuoso per otto mesi⁵², la Commissione cerca di convertire questo impegno in una collaborazione a forme non obbligatorie di solida-

⁴⁸ J.-P. CASSARINO, *Readmission, Visa Policy and the 'Return Sponsorship' Puzzle in the New Pact on Migration and Asylum*, in *ADiM Blog, Analyses & Opinions*, Novembre 2020.

⁴⁹ L. MARIN, *Governing Asylum with (or without) Solidarity? The Difficult Path of Relocation Schemes, Between Enforcement and Contestation*, in *Freedom, Security and Justice*, n. 1, 2019.

⁵⁰ Commissione europea, proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione, COM (2020) 610 fin., cit., art. 45 ss.

⁵¹ Commissione europea, proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione, COM (2020) 610 fin., cit., art. 55 ss.

⁵² Commissione europea, proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione, COM (2020) 610 fin., cit., art. 57.

rietà intra-statale⁵³: in questo modo, la Commissione tenta di riportare gli stati sul pianeta della realtà e spera in questo modo di far digerire la pillola amara della presa in carico di un migrante che non si riesce a rimpatriare. In altre parole, la Commissione cerca in questo modo di far rientrare dalla finestra la solidarietà inter-statale, che di fatto era uscita dalla scena europea, dopo l'esperimento delle decisioni del 2015, e dopo il tentativo di recupero tentato con la dichiarazione della Valletta⁵⁴. Si tratta senz'altro di un tentativo di inserire forme di solidarietà nella *governance* dell'immigrazione, un tentativo quasi di procedimentalizzarne la solidarietà per renderla più accettabile ed efficace⁵⁵.

Aldilà di questo sforzo, deve essere tuttavia chiaro che la sponsorizzazione dei rimpatri porta con sé le stesse, se non maggiori, sfide rispetto allo *status quo*, perché aggiunge un soggetto ulteriore nella complicata gestione amministrativa del rimpatrio, in una tempistica alquanto incerta.

È stato infatti dimostrato che, ad esempio, i Paesi del sud Europa sono i più 'forniti' in termini di accordi di cooperazione e riammissione con i Paesi terzi e non è scontato quindi individuare un valore aggiunto di un ulteriore anello amministrativo di questa complessa sequenza di passaggi⁵⁶.

Al di là dello sforzo della Commissione, che comunque intende provare a procedimentalizzare la solidarietà, i dubbi e le incertezze sul meccanismo escogitato sono importanti, e non è difficile prospettare una complessa negoziazione politica sulla stessa.

5. In queste poche righe conclusive si cercherà di riflettere sul valore aggiunto delle misure del Patto alla luce del principio della sussidiarietà, con il preciso intento di avviare un dibattito che coinvolga studiosi di diverse discipline giuridiche e, possibilmente, di diversi Paesi europei, per affrontare un tema tanto centrale nel dibattito europeo, quanto per certi versi "assopito", ovvero il dibattito sul rispetto e sulla effettiva realizzazione del principio della sussidiarietà.

La sua genesi con il Trattato di Maastricht ed il complesso ed ambiguo valore giuridico del principio sono note⁵⁷: l'azione della Corte di giustizia

⁵³ Commissione europea, proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione, COM (2020) 610 fin., cit., art. 55, paragrafo 2.

⁵⁴ E. PISTOIA, *Dai ricollocamenti alla riforma del sistema comune di asilo, e ritorno?*, in *ADiM Blog*, Editoriale, aprile 2020.

⁵⁵ M. BORRACCETTI, intervento presso la Commissione XIV del Senato, dicembre 2020.

⁵⁶ J.-P. CASSARINO, *Readmission, Visa Policy and the 'Return Sponsorship' Puzzle*, op. cit.; in modo analogo, benché in un'altra prospettiva, si veda L. TSOURDI, *The New Pact and EU Agencies: an ambivalent approach towards administrative integration*, cit.

⁵⁷ P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 1996; F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto*

sulla giustiziabilità del principio è stata improntata al *self-restraint*, dati gli aspetti politici insiti nella valutazione di merito sul rispetto della sussidiarietà⁵⁸.

Dopo che il Trattato di Lisbona ha introdotto il Meccanismo dell'Allerta Precoce⁵⁹, procedimentalizzando il controllo politico sulla sussidiarietà con il coinvolgimento dei parlamenti nazionali, il meccanismo ha avuto un successo limitato, ad eccezione del caso della direttiva Monti II⁶⁰: nell'ultimo biennio, la procedura prevista dal Protocollo II sembra "sopita"⁶¹.

Dopo un primo periodo nel quale sono stati attivati alcuni "cartellini", ma senza che la procedura dispiegasse il suo potenziale in modo sistematico, la Commissione Juncker ha lanciato il processo sulla *better regulation*, che ha sviluppato un concetto già in circolazione, ovvero il valore aggiunto europeo di una misura⁶².

È precisamente sull'aspetto del valore aggiunto europeo sul quale ci si focalizzerà, anche per dare un contributo al dibattito sul Patto in modo originale. In particolare, il *test* sul valore aggiunto europeo di una misura proposta o test sull'efficacia è un aspetto cruciale della valutazione del rispetto e la realizzazione del principio di sussidiarietà in quanto è un test sull'efficacia di una misura europea⁶³.

della Comunità e dell'Unione europea, Milano, 2007.

⁵⁸ G. MARTINICO, *Dating Cinderella: On Subsidiarity as a Political Safeguard of Federalism in the European Union*, in *European Public Law*, 2011, pp. 649-660. Si vedano inoltre C. FASONE & D. FROMAGE, *From Veto Players to Agenda-Setters - National Parliaments and Their Green Card to the European Commission*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, pp. 294-316.

⁵⁹ P. KIIVER, *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: Constitutional Theory and Empirical Reality*, Routledge, 2012; F. FABBRINI AND K. GRANAT, "Yellow Card, But No Foul": *The Role of the National Parliaments under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 115 ss; M. CARTABIA ET AL. (eds.), *Democracy and Subsidiarity in the EU*, Bologna, 2013.

⁶⁰ Sul quale si veda I. COOPER, 'National parliaments in the democratic politics of the EU: the subsidiarity early warning mechanism', 2009-2017, in *Comparative European Politics*, 2019, pp. 919-939; D. FROMAGE & V. KREILINGER, *National parliaments' third yellow card and the struggle over the revision of the Posted Workers Directive*, in *Journal of European Legal Studies*, 2017, pp. 126-160.

⁶¹ T. JAROSZYŃSKI, *National Parliaments' Scrutiny of the Principle of Subsidiarity: Reasoned Opinions 2014-2019*, in *European Constitutional Law Review*, 2020.

⁶² Il riferimento è alla *Better Regulation Toolbox* del 2015, reperibile nel sito istituzionale della Commissione.

⁶³ Sul ruolo del *better law-making* nelle politiche penali europee, si veda W. VAN BALLEGOOIJ, *The Role of the Fight Against Impunity in EU Criminal Policy Preparation and Evaluation*, in L. MARIN, S. MONTALDO (eds.), *The Fight Against Impunity in EU Law*, p. 63 ss.

A questo proposito, l'accordo interistituzionale del 2016⁶⁴ prevede un'attenzione rinnovata per il concetto di valore aggiunto europeo, in particolare richiedendo di utilizzare le stesse metodologie per le valutazioni di impatto, per Commissione e Parlamento europeo⁶⁵. In seguito, la Commissione ha pubblicato nel 2017 delle ulteriori linee-guida sulla *better regulation* che sviluppano il principio di sussidiarietà come articolato in un duplice *test*: il primo, avente lo scopo di esaminare se l'obiettivo della misura non può essere raggiunto a livello di Stati membri (dimensione negativa); il secondo, volto ad esaminare perché l'intervento europeo, in virtù della dimensione o degli effetti, produrrebbe benefici, rispetto ad un intervento a livello statale (dimensione positiva).

Inoltre, sempre specificando l'interpretazione dell'art. 5 sulla sussidiarietà, la Commissione ha individuato alcune domande-guida per condurre queste valutazioni. In particolare, il quesito sui costi-benefici pare particolarmente pertinente per una valutazione delle misure del Patto: "l'intervento nazionale o l'assenza di un'iniziativa europea si pone in conflitto con i trattati o può danneggiare in modo significativo gli interessi di alcuni Stati membri?"⁶⁶

Questa domanda potrebbe essere utilizzata proprio per una riflessione di ampio respiro, che prenda in considerazione la quantità dell'apporto nazionale necessario in termini di buon funzionamento delle politiche europee, senza dimenticare una importante considerazione di partenza, ovvero che gli Stati europei non sono esposti al fenomeno migratorio in modo eguale, ma che l'integrazione europea, che per certi versi è incompleta, richiede politiche ri-equilibratrici, ispirate ad un principio di leale cooperazione e ad una solidarietà di natura correttiva⁶⁷.

Se è pacifico che l'Unione abbia competenza a legiferare attraverso le misure proposte, ed è dimostrato che gli Stati membri, procedendo in ordine sparso, non possono realizzare l'obiettivo di una gestione efficace del fenomeno migratorio, è altrettanto corretto dubitare del valore aggiunto europeo delle misure proposte, perché queste non riempiono lo spazio dell'intervento nazionale di un valore aggiunto: le proposte europee infatti

⁶⁴ Accordo Interistituzionale «Legiferare meglio» tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea, del 13 aprile 2016, reperibile qui [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016Q0512\(01\)&from=FI](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016Q0512(01)&from=FI).

⁶⁵ Sia il Parlamento europeo che la Commissione hanno creato delle *added value unit* ed altre articolazioni al fine di contribuire in modo strutturale alla realizzazione di questo principio.

⁶⁶ *Better Regulation Toolbox* del 2017, reperibile nel sito della Commissione.

⁶⁷ P. ELEFThERiADiS, *A Union of Peoples: Europe as a Community of Principle*, Oxford, 2020; dello stesso Autore, si veda anche *Corrective Justice Among States*, in *Ius Cogens*, 2020, p. 7 ss.

continuano a prevedere un forte decentramento di oneri amministrativi e gestionali, di controllo e contenimento del fenomeno, di filtro e di selezione di migranti che vanno trattenuti in frontiera, come se la frontiera di Lampedusa o di Lesvos fossero una questione italiana o greca, e non europea.

Come dimostrato sopra, queste misure vanno ad accentuare la funzione di contenimento e controllo dei confini. Con lo *screening* e le procedure di frontiera, verrà accentuata la natura opaca e precaria degli spazi di confine, dove l'accesso al territorio è meno significativo dal punto di vista giuridico, e dove si dovrebbe, con lo *screening*, separare il vero richiedente asilo da quello falso; il rimpatrio è il tassello successivo. La sponsorizzazione dei rimpatri è la risposta del 2020 alla *débâcle* delle decisioni di ricollocamento; non è tuttavia chiaro come possa alleggerire il carico dei Paesi di primo ingresso perché crea un sistema farraginoso, che si fonda su relazioni bilaterali, che non hanno funzionato con le decisioni del 2015. In tutto ciò, si deve sempre ricordare che il rimpatrio avviene se uno Stato terzo coopera a tal fine.

Il Patto della Commissione, in sostanza, costruisce presunzioni e limitazioni per separare la relazione tra la presenza fisica di un richiedente asilo su un territorio dal suo significato giuridico, come accesso ad un ordinamento, fondato sul diritto e dunque protettivo della sfera giuridica delle persone nell'interazione con i pubblici poteri. Al contrario, il Patto contribuisce a ridurre il "peso specifico" del territorio europeo come Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, e lascia ancora le amministrazioni nazionali, alcune più di altre, in prima fila nell'affrontare questioni dalle dimensioni transnazionali, senza che le disparità causate dalla geografia vengano riequilibrare da una robusta solidarietà correttiva. In tutto questo, l'intervento europeo non realizza una sussidiarietà attiva, perché, a fronte dell'attribuzione di competenze e della necessità dell'intervento, il suo valore aggiunto è ancora limitato⁶⁸.

⁶⁸ S. MANSERVISI, *The EU's Pact on Migration and Asylum: A Tsunami of Papers but Little Waves of Change*, IAI Commentaries 88/20, December 2020.

Focus “Servizi e piattaforme digitali”

LA PROPOSTA DI *DIGITAL SERVICE ACT* PER LA REGOLAZIONE
DEI SERVIZI E DELLE PIATTAFORME *ONLINE*
NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

GIANDONATO CAGGIANO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La censura dei messaggi del presidente Trump e il modello di esonero dalla responsabilità delle piattaforme *online*. – 3. Il modello giuridico-istituzionale proposto dalla Commissione europea per i servizi e le piattaforme *online*. – 4. Lo stato giuridico dei servizi e dei prestatori *online* fra legislazione dell'Unione e giurisprudenza della Corte di giustizia. – 5. L'obbligo di controllare e rimuovere i contenuti illegali *online*. – 6. La responsabilità del *provider*. – 7. *Segue*: il principio del Buon samaritano. – 8. Le disposizioni procedurali. – 9. Gli obblighi delle diverse categorie di *provider*. – 10. *Segue*: gli obblighi per le grandi piattaforme – 11. Il nuovo quadro istituzionale per la *governance*. – 12. Conclusioni.

1. La Commissione europea ha recentemente presentato un pacchetto di proposte legislative su servizi e piattaforme online¹. In questa sede, ci

* Già professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Roma Tre.

¹ COM(2020) 845 final, 15 dicembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (DSA) e che modifica la direttiva 2000/31/CE; COM(2020) 842 final, 15 dicembre 2020. Proposta di proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (DMA); COM(2020) 767 final, 25 novembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla *governance* europea dei dati (DGA). La proposta della Commissione di due distinti testi legislativi intende marcare la distinzione fra le discipline dei servizi (DSA) e della concorrenza/regolazione per le imprese (DMA). La separazione dei due testi è giustificata dalle caratteristiche specifiche dell'impianto pro-concorrenziale del DMA che si applica solo alle "grandi piattaforme". La terza proposta (DGA) propone un nuovo modello (complementare ai primi due) di soggetti intermediari per la condivisione dei dati non-personali di pubblica utilità, specie per la salute pubblica, recuperando la dimensione pubblica e collettiva. La Commissione ha tenuto conto delle relazioni d'iniziativa del Parlamento europeo che sulla base dell'articolo 225 TFUE, ha adottato due risoluzioni: v. P9_TA(2020)0272, Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali: migliorare il funzionamento del mercato unico; P9_TA(2020)0273, risoluzione del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali: adeguare le norme di diritto commerciale e civile per i soggetti commerciali che operano online. Il Parlamento europeo ha adottato anche, secondo la procedura non legislativa, la risoluzione sull'atto sui servizi digitali e le questioni sollevate in materia di diritti fondamentali (v. P9_TA(2020)0274).

occuperemo dell'inquadramento del tema nel mercato unico digitale² e della proposta di regolamento “legge sui servizi digitali”, nota come *Digital Service Act*, (d'ora in poi: DSA). Fra le questioni principali meritevoli di riflessione, emerge soprattutto lo statuto giuridico di Google, Apple, Amazon, Facebook, Microsoft (GAFAM) e degli altri “custodi dell'accesso” alle opportunità offerte da internet (*gatekeepers*). Tali giganti tecnologici hanno sinora gestito la loro attività con un alto livello di autoregolamentazione così da aver stabilito in larga parte le “regole del gioco” sia per gli utenti individuali che per quelli aziendali³.

L'evoluzione dell'economia distrugge le modalità tradizionali di creazione di valore, creando nuovi fattori collegati all'“innovazione guidata dai dati” (*data driven innovation*). Il ruolo delle piattaforme online è costruito sul processo di trasposizione in dati digitali (*datificazione*) delle informazioni ricavabili da qualsiasi aspetto della vita individuale o sociale. Per effetto dell'utilizzo degli algoritmi e della intelligenza artificiale (IA), si concentrano nelle mani dei medesimi soggetti varie funzioni: l'*accesso* (a servizi ed opportunità digitali), la funzione *creativo-predittiva* (analisi delle situazioni passate/presenti e previsione dei possibili sviluppi) e di tipo *quasi-editoriale* (divulgazione di informazioni).

Il *software* dalle piattaforme è organizzato “a strati” per consentire le connessioni delle parti, per regolare le interazioni, per gestire le transazioni economiche e per prendere decisioni intelligenti sull'utilizzo efficace ed efficiente delle risorse. Dal punto di vista strategico, una piattaforma è un modello di profitto (business), finalizzato allo sviluppo dell'organizzazione e alla competizione sul mercato tramite l'interconnessione di più partecipanti (produttori e consumatori) che, interagendo fra loro, creano e scambiano valore.

² COM(2020) 93 final, 10 marzo 2020, Individuare e affrontare le barriere al mercato unico; COM(2020) 94 final, 10 marzo 2020, Piano d'azione a lungo termine per una migliore attuazione e applicazione delle norme del mercato unico. Per un'introduzione alla tematica, v. i vari contributi, in G. CONTALDI (a cura di), *Il mercato unico digitale*, Roma, 2017. Sullo stato di avanzamento dell'armonizzazione legislativa dell'Unione in argomento, v. G. CAGGIANO, *Il quadro normativo del Mercato unico digitale*, in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *rivista.eurojus.it*, suppl. 2020, p. 13 ss.

³ Sul panorama economico del fenomeno dei giganti tecnologici, v. il documento della Commissione europea, SWD(2020) 363 final, PART 1/2, 15 dicembre 2020 in cui si afferma che cinque delle dieci società più grandi del mondo per capitalizzazione di mercato sono conglomerati digitali; le prime sette piattaforme di grandi dimensioni rappresentano il 69% della valutazione totale di 6 trilioni di euro dell'economia delle piattaforme, come risultato dell'integrazione verticale e orizzontale. Per ulteriori dati economici, v. anche Mediobanca (Area Studi), *La resilienza dei giganti del websoft alla pandemia. Software & web companies (2015-2020)*, Milano, 14 ottobre 2020 (disponibile *online*).

La crescente intermediazione delle transazioni online ha determinato, in molti aspetti della vita contemporanea, una progressiva dipendenza dalle piattaforme online che dispongono di un proprio ecosistema. Facendo leva sull'effetto rete, estraggono valore dalle *community* e dalle interazioni fra i loro membri nel quadro di una fitta rete di rapporti economici e giuridici. Tipologie molto rilevanti dal punto di vista economico e sociale sono quelle che assumono la forma di una piazza virtuale (*marketplace*); i *social network* e le piattaforme di economia cooperativa.

L'affermazione di queste entità o conglomerati economici, per effetto dell'innovazione tecnologica e dei nuovi modelli di profitto, ha modificato il modo in cui si genera valore nella produzione economico-imprenditoriale. Si tratta di un cambiamento così radicale che la fase storica contemporanea è stata definita del "capitalismo delle piattaforme"⁴ o, più in generale, come "la quarta rivoluzione industriale" (industria 4.0)⁵.

Le attività delle piattaforme online non hanno solo un impatto sulle relazioni economico-commerciali ma svolgono anche un fondamentale rilievo per la comunicazione politica e sociale⁶. Non stupisce più che il ruolo della comunicazione dei media televisivi e giornalistici sia oggi superato dalla comunicazione sui *social media* che raggiungono un pubblico più vasto e

⁴ In questa direzione ci si riferisce criticamente al concetto di capitalismo della sorveglianza, definito come un nuovo ordine economico che rivendica l'esperienza umana come materia prima per pratiche commerciali occulte di estrazione, predizione e vendita, v. S. ZUBOFF, *The age of surveillance capitalism, The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power, PublicAffair*, New York, 2019 (traduzione italiana nelle edizioni Luiss Press). Per una generale riflessione sulla connessione tra sfera digitale, *governance* dei poteri economici privati e rischio di una potenziale regressione delle garanzie dello Stato costituzionale, v. J. KOTKIN, *The Coming of Neo feudalism – a warning to the global middle class*, New York, 2020. Secondo l'A. l'ordine mondiale registra una ridefinizione strutturale degli assetti produttivi, sociali e culturali, che comporta gravi asimmetrie economiche. Tali asimmetrie sono il frutto dalla convergenza tecnologica e dei monopoli di alcune società private nel mondo digitale.

⁵ K. SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Milano 2016, che si riferisce alla crescente compenetrazione tra mondo fisico, digitale e biologico. I fattori del cambiamento sono distinti in tre sfere: *fisica* (veicoli autonomi, stampa 3D, robotica avanzata, nuovi materiali); *digitale* (Internet delle cose, connessioni di differenti tecnologie e piattaforme ed economia *on demand*); *biologica* (ingegneria genetica).

⁶ In dottrina, *ex multis*, v. D. ADAMSKI, *Lost on the digital platforms: Europe's legal travails with the digital single market*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 719 ss.; M. FINCK, *Digital co-regulation: designing a supranational legal framework for the platform economy*, in *European Law Review*, 2018, p. 47 ss.; A. CANEPA, *Le piattaforme fra nuove dinamiche di mercato e ricerca di strumenti regolatori efficaci*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2018, p. 181 ss.; M. INGLESE, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*, Berlin-Heidelberg, 2019; L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?* in *federalismi.it*, n. 7, 2019, p. 3 ss.

diversificato di utenti. Il contesto generale non è più solo quello della sorveglianza dei poteri pubblici sugli individui, ma il nuovo ambito della sorveglianza dei poteri monopolistici privati (*Big Tech*) nella sfera privata e, persino, la sorveglianza fra individui nel ruolo scambievole di produttori di contenuti propri e di fruitori di contenuti altrui⁷.

Il DSA ha come obiettivo generale il rafforzamento delle garanzie dei diritti fondamentali coinvolti⁸. La *governance* della materia avrà un assetto istituzionale “a rete” del tutto nuovo in cui opereranno istituzioni nazionali e sovranazionali *ad hoc* nel quadro amministrativo e giudiziario degli Stati membri e dell’Unione. Le questioni affrontate dal DSA riguardano il ruolo e la responsabilità degli intermediari e delle piattaforme online nel contrasto ai “contenuti illegali” a seguito di violazioni di leggi e codici non vincolanti; nonché la “moderazione” del discorso pubblico. In generale, il DSA prevede l’armonizzazione di una serie di nuovi obblighi per i soggetti che erogano i servizi digitali in ambiti particolarmente rilevanti, quali la rimozione di beni, servizi o contenuti illegali online; le garanzie per gli utenti i cui contenuti sono cancellati; misure basate sul rischio al fine di prevenire abusi dei loro sistemi (solo per piattaforme di grandi dimensioni); misure di trasparenza, anche per quanto riguarda la pubblicità *online* e gli algoritmi utilizzati per consigliare/indirizzare gli utenti verso i contenuti; nuovi poteri di verifica del funzionamento delle piattaforme, anche tramite l’accesso dei ricercatori; nuove norme sulla tracciabilità degli utenti commerciali, per contrastare la vendita di beni o servizi illegali.

In premessa, occorre sottolineare che, in nessun caso, il regime del DSA potrà prevalere sul diritto primario della Carta dei diritti fondamentali che resta il baluardo della protezione dei diritti fondamentali (a iniziare dalla libertà di espressione) e che è esercitabile orizzontalmente fra privati, a differenza della Costituzione degli Stati Uniti che si pone come limite esclusivo dei poteri pubblici. La Corte di giustizia, che ha sinora portato alla dichiarazione di invalidità di norme di diritto derivato in materia di

⁷ V. da ultimo D. LYON, *La cultura della sorveglianza*, Roma, 2020 (orig. 2018). Tale cultura non è più il risultato di un processo univoco (le autorità che controllano i cittadini) ma un fenomeno complesso che coinvolge gli utenti, in quanto creatori di quei dati. Molti controllano le vite degli altri usando i social; mentre altri si espongono con messaggi, *tweet*, post e immagini. La sorveglianza è diventata un modo di vivere, uno schema a cui i cittadini, più o meno o consapevolmente, si conformano.

⁸ Considerando 3: “Un comportamento responsabile e diligente da parte dei prestatori di servizi intermediari è essenziale per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile e per consentire ai cittadini dell’Unione e ad altre persone di esercitare i loro diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (“Carta”), in particolare la libertà di espressione e di informazione, la libertà di impresa e il diritto alla non discriminazione”.

privacy e dati personali per contrasto con la Carta dei diritti, si applicherà nel tempo alla normativa in discussione, destinata ad incidere sui diritti degli utenti/cittadini dell'Unione⁹.

2. Poco tempo dopo la presentazione delle proposte della Commissione europea, una vicenda collegata alle elezioni americane ha richiamato l'attenzione sulla complessa questione della responsabilità delle piattaforme online nella gestione e nel controllo dell'informazione; nonché, più precisamente, sulle criticità del loro ruolo quasi-monopolistico in relazione a scelte decisionali che sono di estremo rilievo per la democrazia e l'esercizio dei diritti fondamentali.

La vicenda ha riguardato la censura di tre messaggi del Presidente degli USA, D. Trump, del social Twitter, dopo l'attacco del 6 gennaio 2021 a Capitol Hill ad opera di alcuni suoi sostenitori. Il *social* ha richiesto la rimozione dei messaggi del Presidente in carica per gravi violazioni della propria politica di "integrità civica". L'intenzione del *social* era quella di evitare la commissione di un reato, anche al costo di una perdita del valore del titolo in borsa. Nell'ordinamento degli Stati Uniti, risultano legittimi la cancellazione di specifici contenuti, l'eliminazione di un account personale e, persino, il ritiro dell'ospitalità di un social su una piattaforma. Resta però l'accusa di carattere politico di aver intrapreso in modo unilaterale un'azione censoria. In senso opposto, la posizione della stessa piattaforma si esprimeva nel senso che la mancanza di un intervento avrebbe comportato l'addebito di complicità nella diffusione di notizie false.

Durante la presidenza Trump, uno dei suoi obiettivi principali e dei repubblicani (non realizzato) è stato ridurre o abrogare la Sezione 230 del *Communications Decency Act* (1996) che offre alle piattaforme un'ampia immunità per il controllo dei contenuti dei propri utenti in base al cosiddetto "principio del buon samaritano"¹⁰. L'impegno profuso dall'ex-

⁹ G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2018, p. 9 ss.

¹⁰ Negli Stati Uniti, l'interpretazione giurisprudenziale del principio giuridico del Buon Samaritano (Sezione 230 del *Communications Decency Act* del 1996) ha garantito sinora alle piattaforme online la non-responsabilità per i contenuti pubblicati dagli utenti e la non perseguibilità per la cancellazione o la segnalazione di un post illegale. La Sezione 230 (c) prevede: "[...] (c) Protection for 'Good Samaritan' blocking and screening of offensive material. (1) Treatment of publisher or speaker. No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider". Per una ricostruzione del contesto giuridico negli Stati Uniti, in relazione ai precedenti interventi di Trump, v. G. F. FERRARI *L'executive order sulla prevenzione della censura online: quali effetti sull'autonomia dei social network?*, in *DPCE online*, n. 2, 2020, p. 1145 ss.

Presidente e dal partito repubblicano, nel tentativo di abrogare tale norma o di limitare la capacità delle piattaforme di beneficiare dell'immunità ivi prevista (esonero dalla responsabilità), è testimoniato da una serie di progetti di legge che renderebbero più facile per i consumatori portare in giudizio le piattaforme online. Secondo altri, l'abrogazione del principio in vigore non sarebbe in alcun caso auspicabile per il forte rischio di azioni legali, che renderebbe difficile per le piattaforme continuare a svolgere la propria attività. Altri ancora sostengono che le proposte porterebbero ad un ripristino della *Fairness Doctrine*¹¹ che imponeva alle emittenti televisive di trattare le diverse posizioni in modo equo e bilanciato. Tale principio nasceva da preoccupazioni sul numero limitato di emittenti nazionali e sulla loro enorme capacità di influenza; preoccupazioni che riecheggiano nei dibattiti odierni sulla legittimità del controllo da parte di alcune piattaforme che hanno oggi enorme influenza sulla configurazione del discorso pubblico, come accadeva un tempo per le emittenti televisive.

La questione della censura dei messaggi del Presidente in carica sarà sottoposta al Comitato di controllo sui reclami ricevuti dagli utenti, costituito recentemente da Facebook per revisionare le decisioni sulla rimozione dei *post* e, più in generale, la decisione sul blocco dell'*account* dell'ex-Presidente¹². È evidente che tale meccanismo non può in alcun caso rap-

¹¹ In vigore a partire dal secondo dopoguerra ed abrogata dai regolatori della FCC al tempo della presidenza di Ronald Reagan.

¹² D. GHOSH, J. HENDRIX, *Facebook's Oversight Board Just Announced Its First Cases, But It Already Needs An Overhaul*, in *verfassungsblog.de*, 19 December 2020; ID, *Facebook's Oversight Board Takes on the Curious Case of Donald J. Trump*, *ivi*, 29 gennaio 2021; O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Shedding Light on the Darkness of Content Moderation: The First Decisions of the Facebook Oversight Board*, in *verfassungsblog.de*, 5 February 2021, in cui gli Autori sembrano apprezzare alcuni aspetti di questo sistema per i casi di "moderazione debole" dei contenuti, almeno sino all'adozione del DSA che sarà "an example of the path of European digital constitutionalism with the goal of injecting due process safeguards in the moderation activities of online platforms".

Non è possibile in questa sede approfondire le differenze fra la situazione negli Stati Uniti e in Italia. L'ordinanza n. 59264/2019 R.G del 12 dicembre 2019, del Tribunale di Roma-sezione specializzata in materia di impresa dalla con l'ordinanza ha avuto un esito favorevole per il movimento ricorrente, ritenendo che la piattaforma avesse un obbligo di ospitare ogni opinione, espresse da rappresentanti di forze che si sono presentate alle elezioni; l'ordinanza n. 64894/2019 R.G., del 23 febbraio. 2020 del Tribunale di Roma sezione diritti della persona e immigrazione civile, 2020, ha invece comportato per Forza Nuova, un rigetto integrale della domanda; Facebook non solo avrebbe potuto cancellare gli account di Forza Nuova, in quanto veicolanti messaggi d'odio, ma in base alle regole sovranazionali e italiane, aveva il dovere di farlo, se non voleva rischiare di esporsi a sanzioni. Per una riflessione in riferimento all'ordinamento italiano, v. P. FALLETTA, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, in *MediaLaws, Speciale ICON-S Italia 2019*, p. 146 ss.; L. ALBERTINI, *Sulla responsabilità civile degli internet service provider per i materiali*

presentare Tale Comitato ha di recente reso pubbliche le prime sei decisioni su casi scelti fra oltre ventimila reclami pervenuti. Nella scelta dei casi da affrontare, il Comitato spiega di voler dare priorità ai casi emblematici che hanno il “potenziale di influenzare” molti utenti o siano di massima importanza per il dibattito pubblico o sollevino questioni importanti sulle regole interne della Piattaforma. Si tratta di un meccanismo a carattere propagandistico, malgrado i tentativi di affermarne il carattere indipendente.

3. La base giuridica del DSA è costituita dall’art. 114 TFUE, fondamento per l’armonizzazione delle legislazioni nazionali che consente l’adozione di misure dell’Unione per l’instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Al riguardo, la competenza concorrente del mercato consente agli Stati membri di adottare regole nazionali sino a quando uno specifico aspetto della materia non sia compiutamente disciplinato dall’Unione (*pre-emption*)¹³. Tuttavia, occorre ricordare che la competenza concorrente in materia di sviluppo tecnologico non impedisce agli Stati membri di continuare ad esercitare la loro competenza in materia (art. 4, par. 3, TFUE).

L’attuazione frequente delle regole della concorrenza dell’Unione in materia non sembra idonea a fronteggiare la tendenza alla “concentrazione” dei mercati digitali. Si propone così una regolazione *ex-ante*, basata sulla cooperazione tra piattaforme e poteri pubblici.

L’attribuzione di compiti pubblici alle piattaforme è condizionata all’accettazione di regole e procedure che producono una “responsabilizzazione” dei soggetti privati. In primo luogo, sul piano del rispetto di specifiche procedure per i reclami e delle modalità di accertamento di eventuali violazioni di soggetti terzi; in secondo luogo, per la trasparenza dei comportamenti e la conoscibilità delle procedure di ricorso amministrativo e giudiziario a tutela dei diritti degli utenti nel loro rapporto con le piattaforme.

Il DSA delinea un nuovo originale modello di cooperazione fra gli attori privati e le autorità pubbliche nello spazio web, introducendo obblighi di trasparenza sul funzionamento degli strumenti tecnologici necessari, quali gli algoritmi e l’intelligenza artificiale. Dal punto di vista concettuale, la proposta si muove anche nel senso della continuità rispetto alla disciplina in vigore della direttiva *e-commerce* nel senso che l’attività di *hosting provider* non è qualificabile come un’attività editoriale che presuppone un

caricati dagli utenti (con qualche considerazione generale sul loro ruolo di gatekeepers della comunicazione), in *Law and Media WSP*, n. 4, 2020.

¹³ A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell’Unione europea*, Napoli, 2013.

controllo *ex-ante*; si applica ad essi un regime di responsabilità solo nel caso di mancata rimozione dei contenuti illegali dopo la pubblicazione online. In via di principio, la rimozione di quanto le piattaforme considerano contrario agli standard della propria *community*, riportato nei “termini e condizioni” da accettare al momento dell’iscrizione dell’utente, potrebbe comportare una responsabilità di tipo editoriale perché si tratta di decisioni che definiscono l’assetto dei contenuti in Rete.

In generale, il DSA si propone di definire uno standard più elevato di trasparenza e responsabilità delle piattaforme nel processo di moderazione dei contenuti digitali e dei criteri di utilizzazione degli algoritmi. Rispetto a tali strumenti tecnologici, si propone di potenziare, nel rispetto dei diritti di proprietà industriale, i diritti di accesso di ricercatori, la conoscenza dei processi di classificazione e automazione, proprio al fine di stabilire una maggiore tutela dei diritti fondamentali dell’individuo nei confronti delle piattaforme.

Considerata la dimensione globale delle piattaforme, le regole del DSA si applicheranno a tutti i soggetti che offrono servizi agli utenti/cittadini dell’Unione quale che sia il luogo del loro insediamento¹⁴. In relazione alle proposte in discussione, è auspicabile la massima intesa fra le Autorità delle due sponde transatlantiche che sono impegnate su problematiche simili in relazione alle medesime entità economiche.

4. Negli ultimi vent’anni, la normativa dell’Unione nella materia ha riguardato i “servizi della società dell’informazione”, nel ridotto ambito delle “materie coordinate” dalla direttiva sul commercio elettronico *e-commerce* (2000).

I temi della protezione, della *privacy* e del trasferimento extra-UE dei dati personali sono stati disciplinati dall’entrata in vigore del Regolamento relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (RGDP, 2018). Tale regolamento, basato sulla tutela della dignità umana rispetto al processo di digitalizzazione, attribuisce un particolare rilievo al consenso degli utenti al trattamento dei propri dati, al diritto alla rettifica e alla deindicizzazione da parte dei motori di ricerca dei dati personali che non corrispondano più all’identità personale dell’u-

¹⁴ Per rafforzare l’effetto extraterritoriale delle regole dell’Unione in discussione, si prevede che i fornitori siano tenuti a nominare un rappresentante legale all’interno dell’Unione per garantire un controllo efficace e il rispetto delle nuove regole. Lo schema è identico a quello adottato dal 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 (*d’ora in poi*: RGDP).

tente¹⁵. Altra questione disciplinata è quella del trasferimento dei dati digitali dei cittadini europei al di fuori dell'Unione; in particolare, il trasferimento dei dati raccolti nella erogazione dei servizi nel mercato unico negli archivi digitali in territorio statunitense secondo la pratica costante, salvo limitate eccezioni, nell'organizzazione attuale dei *provider*. Al riguardo, la Corte di giustizia ha statuito, per ben due volte, che i sistemi giuridici dell'Unione e degli Stati Uniti presentano regole e concezioni giuridiche diverse¹⁶.

Per raggiungere un corretto bilanciamento degli interessi e dei diritti, il legislatore e l'interprete possono partire da una ricca giurisprudenza della Corte di giustizia, su varie disposizioni della direttiva sul commercio elettronico e degli atti correlati, come le disposizioni concernenti l'interpretazione del concetto di "servizi della società dell'informazione"¹⁷ o quelle riguardanti la responsabilità dei prestatori di servizi intermediari¹⁸.

Un altro aspetto rilevante della giurisprudenza della Corte di giustizia è quello espresso nelle sentenze *Uber* e *Airbnb*¹⁹. A seguito delle posizioni

¹⁵ Fra le diverse disposizioni, appaiono di particolare interesse nel contesto delle piattaforme il diritto di accesso e il diritto a conoscere le finalità del trattamento (art. 15, Diritto di accesso dell'interessato) nonché il diritto alla portabilità (art. 20, Diritto alla portabilità dei dati), che riconosce il diritto ad ottenere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano-

¹⁶ G. CAGGIANO, *Sul trasferimento internazionale dei dati personali degli utenti del Mercato unico digitale all'indomani della sentenza Schrems II della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3, 2020, p. 563 ss.

¹⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 2 dicembre 2010, causa C-108/09, *Ker-Optika bt*; dell'11 settembre 2014, causa C-291/13, *Sotiris Papasavvas*; del 15 settembre 2016, causa C-484/14, *Tobias Mc Fadden*.

¹⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Google France SARL e Google Inc.*; del 12 luglio 2011, causa C-324/09, *L'Oréal SA*; del 24 novembre 2011, causa C-70/10, *Scarlet Extended*; del 16 febbraio 2012, causa C-360/10, *SABAM c. Netlog NV*; del 27 marzo 2014, causa C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih*.

¹⁹ La Corte di giustizia ha statuito che la società Uber esercitava un'influenza decisiva sulle condizioni della prestazione di trasporto degli autisti non professionisti che fanno uso dell'applicazione messa a loro disposizione dalla società, v. sentenze della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017, causa C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, punto 39; e del 10 aprile 2018, causa C-320/16, *Uber France*. Nella sentenza del 19 dicembre 2019, causa C-390/18, *Airbnb Ireland*, la Corte chiamata a valutare se l'attività svolta dalla piattaforma potesse essere qualificata come "servizio della società dell'informazione" oppure se fosse qualificabile come una particolare forma di prestazione di servizi di intermediazione immobiliare, ha ritenuto preponderante il ruolo degli utenti e non quello della piattaforma. Per approfondimenti, v. M. FINCK, *Distinguishing Internet Platforms from Transport Services: Elite Taxi v. Uber Spain*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1619 ss.; V. HATZOPOULOS, *After Uber Spain: the EU's Approach on the Sharing Economy in Need of Review?* in *European Law Review*, 2019, p. 88 ss.; M. INGLESE *Affinità e divergenze fra le sentenze Elite Taxi e*

apparentemente contrastanti della Corte, si può affermare che i poteri delle piattaforme vanno configurati in relazione al servizio (e alle modalità di erogazione sottostante) da esse fornito. Basta qui ricordare la sentenza *Airbnb*, in cui la Corte di giustizia ha ritenuto che l'aspetto preponderante del servizio sia quello della creazione di una lista degli alloggi disponibili, ordinati per criteri impostati dagli utenti, volta ad agevolare il contatto tra domanda ed offerta ma distinta dall'operazione immobiliare conclusa dagli utenti. Tale ragionamento giuridico esprime la prevalenza del regime dei servizi rispetto a quello dello schema della società dell'informazione che può condurre a risultati diversi e, persino, opposti.

Quanto alla discussa questione dell'attribuzione di poteri paracostituzionali a soggetti privati nel mondo digitale, basta ricordare che la Corte di giustizia ha attribuito, nella sentenza *Google Spain*²⁰, un ruolo paracostituzionale al motore di ricerca, quale arbitro della risoluzione di conflitti tra diritti fondamentali (bilanciamento fra diritto all'informazione e diritto all'identità personale). Il ruolo dei *social network* è stato ridefinito dalla Corte, quanto all'ambito territoriale, nella sentenza *Google c. CNIL*²¹ e, in relazione alla cancellazione di una notizia di condanna per diffamazione, riprodotta in modo simile successivamente da altri siti, nella sentenza *Glawischnig-Piesczek c. Facebook*²².

La disciplina in via di adozione va considerata, altresì, in stretto collegamento con la riforma giuridica più generale delle piattaforme e della tutela dei consumatori, intrapresa in altri due atti legislativi di carattere verticale. Potremmo definirla la legislazione dell'Unione sui rapporti giuridici che si svolgono all'interno e "intorno" ad una piattaforma online e che possono essere distinti in due segmenti. Nel rapporto piattaforma-utenti commerciali (*Platform to Business*, P2B), il regolamento (UE) 2019/1150²³

Airbnb Ireland, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2020, p. 37 ss.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain*.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 24 settembre 2019, causa C-507/17, *Google LLC c. CNIL*.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2019, causa C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*. Per un commento v. O. POLLICINO, *L'“autunno caldo” della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *federalismi.it*, 16 ottobre 2019; F. CALOPRISCO, *La Corte di giustizia si esprime sulla portata territoriale dell'obbligo di deindicizzare i dati personali online*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. I, Bari, 2020, p. 357 ss.

²³ Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online. Sulla proposta di regolamento, v. C. TWIGG-FLESNER, *The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on online*, p. 222 ss.; M. INGLESSE, *La proposta di regolamento che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online: tanto tuonò che piovve*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2019, p. 463 ss.

fissa una serie di obblighi in capo agli intermediari, che sono stati specificati di recente negli Orientamenti sul posizionamento dei risultati (*ranking*) nei motori di ricerca e nei servizi di *marketplace*²⁴. Nel rapporto consumatore-utente professionista/azienda della piattaforma (consumatore-piattaforma quando quest'ultima ponga in essere propria attività commerciale) della rete di rapporti che si sviluppa intorno alla piattaforma è stata adottata la direttiva (UE) 2019/2161 (*Omnibus*) per adeguare le normative preesistenti all'evoluzione degli strumenti digitali, per quanto riguarda: clausole abusive e indicazioni sui prezzi, pratiche commerciali scorrette, diritti dei consumatori²⁵.

5. A livello di armonizzazione dell'Unione, non è stata sinora prevista una supervisione a livello sovranazionale e manca un controllo uniforme nei confronti delle decisioni prese dai fornitori di servizi sulle attività illegali o delle misure proattive per prevenire tali attività. Le poche regole armonizzate dell'Unione sono integrate da iniziative di autoregolamentazione concordate dalle principali piattaforme online, spesso su iniziativa della Commissione europea. Contengono una serie di impegni, alcuni dei quali sono direttamente correlati a pratiche di moderazione dei contenuti. Accanto alla crescente armonizzazione legislativa, un elemento importante nella *governance* delle attività digitali resta pertanto il ruolo della coregolamentazione e dell'autoregolamentazione che ha portato alla redazione di "codici di condotta", specie per contrastare alcuni tipi di materiali illegali, come contenuti pedopornografici, contenuti terroristici, incitamento all'odio o merci contraffatte.

Il modello DSA procede ad un ridimensionamento dei poteri delle piattaforme tramite l'armonizzazione delle legislazioni nazionali, l'istituzione di organismi pubblici nazionali e sovranazionali *ad hoc* e il conferi-

Sul testo finale del regolamento, v. M. FORTI, *Le piattaforme online alla prova del Regolamento (UE) 2016/679. Quali tutele per la condivisione dei dati nell'economia collaborativa?*, in *MediaLaws*, n. 2, 2019 (estratto online); C. CAUFFMAN, *New EU rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, p. 469 ss.; A. PALMIERI, *Profili giuridici delle piattaforme digitali, La tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web aziendali*, Torino, 2019.

²⁴ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulla trasparenza del posizionamento a norma del regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio (2020/C 424/01), 8 dicembre 2020.

²⁵ Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. Per un inquadramento degli aspetti contrattuali, v. S. MARTINELLI, *Data protection e contratto nei data-driven business model*, in *MediaLaws*, n. 3, 2020, p. 63 ss.

mento di nuovi poteri esecutivi alla Commissione. Per questa via si riduce, senza eliminarla, la tendenza alla delega di funzioni pubbliche alle società private proprietarie delle piattaforme. In particolare, sulla falsariga di quanto accade negli Stati Uniti, il dibattito attuale si concentra sul dilemma fra la conservazione di un contesto di prevalente responsabilizzazione politica e di *governance/accountability* delle piattaforme oppure la creazione di una vera e propria responsabilità per omissioni o decisioni rispetto ai contenuti degli utenti dei servizi della società dell'informazione²⁶.

La proposta di DSA impone ai fornitori di servizi di intermediazione l'obbligo di agire contro i contenuti illegali e di fornire informazioni alle autorità giudiziarie o amministrative nazionali (articoli 8 e 9, DSA)²⁷, garantendo al contempo il rispetto della libertà d'espressione. Molti aspetti giuridici delle attività digitali sono definiti soltanto nei "termini e nelle condizioni di servizio" delle società interessate. Il loro esercizio si è svolto sinora nell'ambito della autonomia negoziale fra fornitori/intermediari di servizi (di diversa grandezza e specializzazione) e tutti gli altri soggetti privati (utenti individuali o commerciali).

Il modello normativo del DSA in discussione intende limitare drasticamente l'autoregolamentazione. Una fenomenologia, che coinvolge milioni di cittadini dell'Unione, non può essere lasciata solo alle regole degli operatori privati. In concreto, non appare più accettabile che le condizioni generali e i termini di contratto, stabiliti da tali società private, possano rappresentare la quasi-totalità delle regole applicabili ai rapporti giuridici digitali. Un controllo diretto e generalizzato dei poteri pubblici sui miliardi di contenuti non è sostenibile in relazione alla *governance* di un tale feno-

²⁶ 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 e-commerce*). La definizione in vigore è la seguente: "qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi" (art. 1, par. 1, lett. b), della direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015).

²⁷ Secondo la definizione del DSA rappresenta "Contenuto illegale": qualsiasi informazione che, di per sé o mediante riferimento a un'attività, compresa la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non sia conforme al diritto dell'Unione o al diritto di uno Stato membro, indipendentemente dall'oggetto o dalla natura precisa di tale legge (art. 2 (g)). I considerando ci forniscono maggiori dettagli, sebbene non esaustivi: - incitamento all'odio illegale o contenuto terroristico e discriminatorio illegale; - contenuto che si riferisce ad attività illegali, come la condivisione di immagini che ritraggono abusi sessuali su minori, la condivisione illegale e non consensuale di immagini private, lo *stalking online*, la vendita di prodotti non conformi o contraffatti, l'uso non autorizzato di materiale protetto da copyright o attività che comportano violazioni della legge sulla tutela dei consumatori (considerando 12).

meno, considerato il numero di utenti e la varietà delle attività di massa. Peraltro, l'assetto normativo della materia non può essere lasciato alle diverse legislazioni nazionali che, in assenza di armonizzazione dell'Unione, producono frammentazione e barriere alla circolazione dei servizi nel mercato unico digitale.

Gli strumenti legislativi specifici del settore coprono solo limitate fattispecie: non armonizzano ad oggi le regole sugli obblighi procedurali relativi ai contenuti illegali e includono solo regole di base sulla trasparenza e responsabilità dei fornitori di servizi e meccanismi di limitata sorveglianza. Gli interventi legislativi specifici del settore affrontano un piccolo sottoinsieme di questioni (ad esempio violazioni del *copyright*, contenuti terroristici, materiale pedopornografico o incitamento all'odio illegale, alcuni prodotti illegali). In secondo luogo, riguardano in specifici contesti la diffusione di tali contenuti su determinati tipi di servizi, ad es. le piattaforme di condivisione di video *online* per violazioni del diritto d'autore e solo per quanto riguarda i contenuti terroristici audiovisivi o l'incitamento all'odio²⁸.

In relazione a quattro tipologie di contenuti illegali, nocivi e pericolosi vi è stata un'armonizzazione dell'Unione oppure l'adozione di codici di autoregolazione.

In primo luogo, la direttiva antiterrorismo, che definisce la provocazione pubblica a commettere un reato di terrorismo e richiede, seguendo procedure trasparenti e con adeguate garanzie, che gli Stati membri adottino misure di rimozione e blocco dei siti web che contengono o diffondono contenuti terroristici²⁹.

In secondo luogo, la direttiva sull'abuso e lo sfruttamento sessuale dei

²⁸ Il riferimento è agli obblighi previsti dalla Direttiva 2010/13/CE, come modificata dalla direttiva (UE) 2018/1808, sui fornitori di piattaforme per la condivisione di video (AVSMD).

²⁹ Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017 sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio. La disposizione contenuta nell'art. 21 della direttiva pone a carico degli Stati l'obbligo di rimuovere alla fonte i contenuti online che costituiscono una pubblica provocazione per commettere un reato di terrorismo. Per un commento, v. S. SANTINI, *L'Unione Europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della Direttiva 2017/541*, in *Diritto penale contemporaneo*, nn 7-8, 2017, p. 13 ss. Anche se in pendenza di approvazione, v. COM(2018) 640 final, 12.9.2018, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla prevenzione della diffusione di contenuti terroristici online, v. Comunicato stampa 10 dicembre 2020, Contenuti terroristici online: la presidenza del Consiglio e il Parlamento europeo raggiungono un accordo provvisorio; SWD(2018) 408 final, 12 settembre 2018, Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on preventing the dissemination of terrorist content online.

minori³⁰, che definisce la pornografia infantile. Gli Stati membri hanno l'obbligo di adottare misure di rimozione delle pagine web che contengono o diffondono materiale pedopornografico ospitate nel loro territorio (e si "adoperano" per ottenere la rimozione di tali pagine ospitate al di fuori dei loro territori), nonché hanno l'obbligo di bloccare l'accesso alle pagine web che contengono o diffondono materiale pedopornografico agli utenti internet sul loro territorio³¹.

In terzo luogo, la decisione quadro contro il razzismo prevede che gli Stati membri debbano garantire che l'incitamento all'odio razzista e xenofobo sia punibile³², ma non impone obblighi dettagliati relativi alle pratiche di moderazione dei contenuti *online*. L'emanazione di un Codice volontario *ad hoc* è dovuta allora alla necessità di arginare il fenomeno del pubblico incitamento *online*, affiancandolo alle disposizioni penali nazionali recepite dalla decisione quadro. Qualora il contenuto segnalato effettivamente violi tali regole, la piattaforma si impegna a rimuoverlo ovvero a disabilitarne l'accesso in modo tale da non renderlo più visibile.

In quarto luogo, meritano particolare considerazione le azioni di disinformazione progettate, presentate e promosse per causare un danno a livello pubblico o personale. Un "meccanismo di moderazione" dei contenuti online è ormai indispensabile nello "spazio della comunicazione e informazione" (*infosfera*) nel quale si auspica che siano maggiormente coinvolti gli

³⁰ Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, considerando 47 e art. 25, Misure contro i siti web che contengono o diffondono materiale pedopornografico.

³¹ Tali misure devono essere stabilite con procedure trasparenti e devono fornire idonee garanzie, in particolare al fine di assicurare che la restrizione sia limitata allo stretto necessario e proporzionata e che gli utenti siano informati del motivo della restrizione. Tali garanzie includono la possibilità di ricorrere per via giudiziaria

³² Decisione quadro 2008/913/GAI, emanata dal Consiglio il 28 novembre 2008. Si tratta di un atto attraverso il quale il Consiglio si prefissava l'obiettivo di arginare talune forme di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale nazionale. A seguito di tale atto, v. *Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online*, concordato fra la Commissione e Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube (maggio 2016) V. da ultimo COM(2020) 565 final, 18 settembre 2020, *Un'Unione dell'uguaglianza: il piano d'azione dell'UE contro il razzismo 2020-2025*, p. 6. In argomento, v. T. M. MOSCHETTA, *La decisione quadro 2008/913/GAI contro il razzismo e la xenofobia: una "occasione persa" per l'Italia?*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione interna internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 781 ss.; O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, "Hate speech": una prospettiva di diritto comparato, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2019, p. 421 ss.; V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'internet service provider?* in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2019, p. 268 ss.

utenti/autori dei contenuti³³. Al fine di prevenire comportamenti pericolosi, dannosi e illeciti è decisivo predisporre “meccanismi di controllo dei contenuti” idonei ad esercitare qualche forma di filtro dei contenuti. Ciò avviene tramite l'utilizzo di strumenti di rilevazione automatica, che non dovrebbero però avere carattere definitivo ma, nei casi rilevanti e degni di attenzione, soltanto carattere preliminare rispetto a quello di un controllo umano o manuale da parte del personale addetto³⁴.

Nel contesto della “moderazione” dei contenuti degli utenti, il ruolo e le metodologie della moderazione costituiscono una “partita fondamentale” per la democrazia e per lo Stato di diritto nell'Unione e nei suoi Stati membri. Una specifica centralità assumono quei contenuti che mettono a rischio i processi elettorali e le forme di partecipazione democratica, come evidenziato nel Piano d'azione sulla democrazia europea della Commissione europea³⁵. In generale, la rivoluzione digitale ha trasformato le forme di partecipazione politica alla vita democratica, dimostrando la vulnerabilità delle campagne elettorali alle azioni di manipolazione dell'opinione pubblica, tramite la profilazione e le tecniche di *micro-targeting* degli elettori di un Paese. Le principali piattaforme online hanno firmato il Codice di buone pratiche, impegnandosi ad attuare una serie di misure in previsione delle elezioni europee. Il piano d'azione sottolinea che esse dovrebbero garantire immediatamente la trasparenza dei messaggi pubblicitari di natura po-

³³ Il Codice è stato firmato dalle piattaforme, dai principali social network, dagli inserzionisti e dall'industria della pubblicità, fra cui Facebook, Twitter, Mozilla, Google (ottobre 2018); Microsoft (maggio 2019); TikTok (giugno 2020). Per la documentazione, v. JOIN(2018) 36 final, 5 dicembre 2018, Joint Communication: Action Plan against Disinformation. Sulla disinformazione relativa alla pandemia, v. JOIN(2020) 8 final, 10 giugno 2020, COVID-19. La versione in lingua italiana del “Codice di buone pratiche dell'UE sulla disinformazione” (disponibile online) definisce il concetto: “[...] ‘un’informazione rivelatasi falsa o fuorviante’, cumulativamente a) concepita, presentata e diffusa a scopo di lucro o per ingannare intenzionalmente il pubblico e b) che può arrecare un pregiudizio pubblico, inteso come minacce ai processi politici democratici e di elaborazione delle politiche e a beni pubblici quali la tutela della salute dei cittadini, dell'ambiente e della sicurezza dell'UE. Il concetto di ‘disinformazione’ non include la pubblicità ingannevole, gli errori di segnalazione, la satira e la parodia, o notizie e commenti chiaramente identificabili come di parte, e non pregiudica gli obblighi giuridici vincolanti, i codici pubblicitari in regime di autoregolamentazione e le norme concernenti la pubblicità ingannevole”.

³⁴ L. FLORIDI, *Infosfera, Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Torino, 2009; ID., *Pensare l'infosfera*, Milano, 2020. Sull'utilizzo degli strumenti automatici di rilevazione dei contenuti, v. G. SARTOR, A. LOREGGIA, *The impact of algorithms for online content filtering or moderation “Upload filters”*, PE 657.101, September 2020.

³⁵ COM(2020) 790 final, 3 dicembre 2020, Sul piano d'azione per la democrazia europea.

litica, intraprendere un'azione risoluta contro i profili falsi e individuare e contrassegnare i bot automatizzati³⁶.

Infine, l'armonizzazione delle regole dell'Unione sul diritto d'autore è stata realizzata a proposito delle piattaforme di condivisione di video (portali video) e dei contenuti generati dagli utenti (*user generated content*) nell'ambito della regolamentazione dei servizi di media audiovisivi (direttiva 2018/1808)³⁷ e del diritto d'autore (direttiva 2019/790)³⁸. Altrettanto, la direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale stabilisce un nuovo regime di responsabilità per le piattaforme di condivisione di contenuti online: devono concludere un accordo con i titolari dei diritti per lo sfruttamento delle opere e, se non riescono a sopprimere i contenuti illegali, sono responsabili per la violazione dei diritti d'autore sulle loro piattaforme, a meno che non facciano tutti gli sforzi per attenuare tali violazioni.

6. Il DSA contiene un aggiornamento del regime di responsabilità dei fornitori di servizi (*provider*). I principi di base corrispondono in larga parte a quelli della direttiva *e-commerce*, di cui costituiscono una revisione che comporta l'abrogazione di talune disposizioni ma lasciano in vigore la direttiva³⁹.

La direttiva in parola non aveva l'obiettivo dell'armonizzazione genera-

³⁶ M. MONTI, *Il "Code of Practice on Disinformation" dell'UE: tentativi "in fieri" di contrasto alle "fake news"*, in *MediaLaws*, n. 1, 2019, p. 320 ss.

³⁷ Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (AVMS), modificata da direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 che modifica e aggiorna la direttiva AVMS al fine di estendere alcune regole audiovisive alle piattaforme di condivisione video e ai contenuti audiovisivi condivisi su determinati servizi di social media.

³⁸ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

³⁹ Quando entrerà in vigore il DSA, è prevista l'abrogazione degli articoli da 12 a 15 della direttiva *e-commerce* (art. 71). Per approfondimenti sul regime di responsabilità dei *provider* nella prospettiva del DSA, v. T. MADIEGA, *Reform of the EU liability regime for online intermediaries. Background on the forthcoming Digital Services Act*, 2020, PE 649.404; N. IACOB, F. SIMONELLI, *How to Fully Reap the Benefits of the Internal Market for E-Commerce?*, 2020, PE 648.801; L. NIOMBO, T. EVAS, *Digital services act - European added value assessment*, EPRS PE 654.180; J. B. NORDEMANN *The functioning of the Internal Market for Digital Services: responsibilities and duties of care of providers of Digital Services*, 2020, PE 648.802; H. SCHULTE-NÖLKE ET AL., *The legal framework for e-commerce in the Internal Market- State of play, remaining obstacles to the free movement of digital services and ways to improve the current situation*, 2020, PE 652.707. Sul punto, cfr. M. L. MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Milano, 2018, p. 102 ss.

le dei servizi digitali ma solo della definizione di un “campo coordinato”, in particolare sui requisiti generali e specifici applicabili ai fornitori di servizi (*provider*) della società dell’informazione (art. 2, lett. *b*)⁴⁰. Ai sensi della direttiva e della relativa giurisprudenza, gli *hosting provider* possono beneficiare di un’esonazione dalla responsabilità per i contenuti dei terzi a condizione che non abbiano una conoscenza effettiva di attività o informazioni illegali. Per quanto riguarda le eventuali richieste di risarcimento danni, rileva che non siano a conoscenza di fatti o circostanze da cui l’attività o i contenuti illegali risultano come evidenti (conoscenza costruttiva). Dopo aver acquisito tale conoscenza o consapevolezza, occorre che agiscano rapidamente per rimuovere o disabilitare l’accesso alle informazioni (art. 14, dir. *e-commerce*). La direttiva *e-commerce* non protegge esplicitamente gli intermediari che intervengano con misure in buona fede nei confronti di contenuti illegali o inappropriati, mentre collega la fattispecie della responsabilità alla conoscenza di contenuti illegali, effettivi o costruttivi.

Per quanto riguarda gli obblighi generali applicabili a tutti i *provider* (cap. II, articoli 3, 4 e 5, DSA)⁴¹, il DSA esplicita l’esonero dalla responsabilità esplicita le condizioni in base alle quali, da un lato, i servizi di *mere conduit* e *caching* e, dall’altro, di *hosting* sono coinvolti per i contenuti postati dai terzi.

Per gli *hosting provider* si ribadisce l’esonazione di responsabilità che hanno un comportamento passivo e neutro⁴² a condizione che il fornitore di servizi agisca rapidamente per rimuovere o disabilitare l’accesso alle informazioni (art. 5 DSA). Nella memorizzazione di informazioni, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a due condizioni. La prima condizione è che il provider non sia effettivamente a conoscenza delle attività o dei contenuti illegali nonché, per quanto attiene a domande risarcitorie, non sia consapevole di fatti o circostanze che rendono manifesta l’illegalità dell’attività o dei contenuti. La seconda condizione è che esso agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare

⁴⁰ Tra l’altro l’avvio dell’attività, (requisiti in materia di qualifiche, autorizzazione o notifica); l’esercizio dell’attività (requisiti del comportamento del fornitore di servizi); la qualità o il contenuto del servizio legati ad alcuni aspetti delle pubblicità e contratti; la responsabilità dei fornitori; l’attività relativa a informazioni, pubblicità, acquisti e contratti in linea.

⁴¹ La proposta di regolamento (art. 71 DSA) abroga gli articoli da 12 a 14 della direttiva *e-commerce* e li sostituisce con gli articoli da 3 a 9 DSA.

⁴² Se le attività necessarie per rendere i contenuti reperibili (la visualizzazione e la codifica o l’indicizzazione automatici e algoritmici dei contenuti archiviati) non implicano necessariamente un ruolo attivo, possono però determinare il target individuale della pubblicità. Cancellando la cronologia di navigazione si comprende quanto determinata sia la presentazione dei prodotti digitali in una piattaforma di *hosting*, quale ad es. Youtube, dall’algoritmo che impara le nostre preferenze e ci propone contenuti dello stesso genere.

l'accesso agli stessi, non appena venutone a conoscenza o abbia consapevolezza di tali fatti o circostanze. Rispetto al regime vigente l'unica novità del nuovo regime è costituita dalla responsabilità del *provider* qualora abbia fornito informazioni in modo tale da lasciare credere al consumatore che il prodotto o servizio oggetto della transazione sia fornito in proprio o da una persona che agisce sotto il suo controllo (*ivi*, par. 3).

Alcuni chiarimenti interpretativi si ritrovano nei considerando del DSA. Secondo il considerando 18, le esenzioni di responsabilità non dovrebbero applicarsi quando il fornitore, invece di fornire i servizi in modo neutrale, mediante un'elaborazione meramente tecnica e automatica delle informazioni fornite dal destinatario del servizio, "svolge un ruolo attivo tale da dargli la conoscenza o il controllo su tali informazioni". Si tratta della codificazione dell'interpretazione della Corte di giustizia nelle sentenze *Google France* e *L'Oréal c. eBay*⁴³. Per beneficiare dell'esenzione dalla responsabilità, gli *hosting provider* dovrebbero agire rapidamente per rimuovere o disabilitare l'accesso al contenuto una volta ottenuta l'effettiva conoscenza o consapevolezza del suo carattere illegale. Tale conoscenza o consapevolezza può essere ottenuta tramite indagini o comunicazioni di iniziativa del *provider*, anche a prescindere dalle segnalazioni di individui o di entità interessate. Le azioni volontarie non determinano la perdita automatica dell'esenzione, ma potrebbero portare alla conoscenza e inevitabile valutazione dei contenuti di terzi come illegali. La mancata rimozione dei contenuti potrebbe comunque comportare responsabilità perché l'*host* "sapeva" o "avrebbe dovuto sapere" del loro carattere illegale (considerando 22).

Ciò si applica alle attività intraprese per conformarsi ai requisiti del diritto dell'Unione, comprese quelle stabilite nel DSA per quanto riguarda l'attuazione dei loro termini e condizioni. Quest'ultima è un'aggiunta interessante perché le rimozioni sulla base di termini e condizioni sono più facili e veloci per gli *hosting provider*, poiché concedono una maggiore discrezione per rimuovere contenuti indesiderati ma non necessariamente illegali. Tali attività non dovrebbero incidere nella definizione del carattere neutrale con cui il servizio è fornito. In altri termini, intraprendere azioni volontarie in buona fede né garantisce né preclude la neutralità. Ad esem-

⁴³ La Corte di giustizia dell'Unione europea ha interpretato queste condizioni distinguendo tra due diversi tipi di servizi. Da un lato, i servizi di natura puramente tecnica, automatica e passiva, in cui la piattaforma svolge un ruolo neutro, possono beneficiare dell'esenzione dalla responsabilità. D'altra parte, i servizi di natura più attiva, come l'ottimizzazione del *ranking* delle offerte per una piattaforma di *e-commerce*, non possono beneficiare dell'esenzione, v. sentenze *Google France*, cit., punto 113; *L'Oréal*, cit., punto 116; *Tobias Mc Fadden*, cit, punto 62.

pio, quando l'*hosting provider* intraprende azioni volontarie ma non particolarmente efficaci o quando le azioni volontarie infruttuose siano considerate come non intraprese in “maniera diligente” (considerando 25 DSA).

Il DSA stabilisce il divieto di monitoraggio generale o obblighi di accertamento dei fatti per i medesimi fornitori (considerando 28 e art. 7 DSA che riprende l'art. 15 *e-commerce*), mentre sono consentiti sia obblighi di monitoraggio specifico che controlli volontari su iniziativa degli intermediari. Per quanto riguarda il divieto di misure generali di controllo, la Corte di giustizia ha tracciato una linea di demarcazione tra il divieto di misure di monitoraggio generali⁴⁴ e misure di monitoraggio specifiche, in particolare ove si tratti di diritti di proprietà intellettuale per i quali deve essere aggiunto un giusto equilibrio tra i diritti delle diverse parti interessate.

7. Numerosi atti e codici non vincolanti contengono un invito rivolto ai *provider* a monitorare, rimuovere o ridurre in altro modo la visibilità di contenuti illegali. Tale “incoraggiamento” non appare contrario al divieto di monitoraggio generale di cui all'art. 15 della direttiva *e-commerce*.

Il DSA prevede un'introduzione solo parziale del principio del Buon Samaritano. Secondo l'art. 6, gli intermediari che hanno di propria iniziativa svolto indagini e rimosso o reso impossibile l'accesso a prodotti o servizi illegali, non sono automaticamente esclusi dal regime di esenzione di responsabilità⁴⁵. La norma è così formulata per incentivare le piattaforme ad intervenire ma le azioni volontarie condotte senza la necessaria diligenza possono comportare la perdita dell'immunità se determinano la consapevolezza di fatti o circostanze da cui risulti evidente un'attività o un contenuto illegale.

Ai sensi dell'art. 14, per beneficiare dell'esonero da responsabilità, gli *hosting provider* devono agire rapidamente quando hanno conoscenza o consapevolezza del contenuto illegale. Si tratta del “meccanismo di notifica e azione” che essi predispongono per consentire a qualsiasi persona o ente di notificare loro la presenza nel loro servizio di informazioni specifiche che tale persona o ente ritiene costituiscano contenuti illegali. Tali meccanismi devono facilitare la presentazione di notifiche “sufficientemente precise e adeguatamente motivate”, in base alle quali un “operatore economi-

⁴⁴ Sentenze della Corte di giustizia, *Scarlet Extended*, cit.; *SABAM c. Netlog NV*, cit.

⁴⁵ Art. 6. Indagini volontarie promosse di propria iniziativa e rispetto degli obblighi normativi: “I prestatori di servizi intermediari non sono considerati inammissibili all'esenzione dalla responsabilità prevista agli articoli 3, 4 e 5 per il solo fatto di svolgere indagini volontarie o altre attività di propria iniziativa volte ad individuare, identificare e rimuovere contenuti illegali o a disabilitare l'accesso agli stessi, o di adottare le misure necessarie per conformarsi alle prescrizioni del diritto dell'Unione, comprese quelle stabilite nel presente regolamento”.

co diligente” può rilevare l’illegalità dei contenuti in questione. Sulla base di alcuni indicatori che il segnalatore deve rispettare nella sua notifica, il DSA afferma una presunzione di “conoscenza o consapevolezza effettiva” (art. 5) in relazione alle specifiche informazioni in questione.

Dal punto di vista della procedura, l’*hosting provider* invia tempestivamente una conferma di ricevimento della notifica a tale persona o ente; Le decisioni in merito alle notifiche devono essere prese “in modo tempestivo, diligente e obiettivo”, comunicate all’autore della notifica che deve essere informato sui mezzi di ricorso disponibili in relazione alla decisione medesima⁴⁶.

Ci si chiede se il meccanismo rappresenta l’introduzione del principio del Buon Samaritano nel diritto dell’Unione europea, così come negli Stati Uniti, in quanto le misure proattive del *provider* adottate per rilevare attività illegali (anche con mezzi automatici) potrebbero essere considerate come l’indizio di un ruolo attivo e di controllo del contenuto postato dagli utenti (e dunque sia integrata la fattispecie di responsabilità). In tal caso, i *provider* di piccola o limitata dimensione potrebbero decidere di astenersi dall’adottare misure di sicurezza a tutela dei propri utenti pur di sottrarsi al rischio di assunzione della responsabilità. Diversamente, le piattaforme di grande dimensione hanno la possibilità tecnica di applicare processi di moderazione di qualità per il monitoraggio a seconda del livello di illegalità e pericolosità dei contenuti⁴⁷. Le piattaforme più grandi dovranno comunque dotarsi di risorse umane e/o automatizzate per garantire la loro capacità di intervenire rapidamente in caso di notifica. Per evitare di essere ritenute responsabili della diffusione dei contenuti illegali, saranno tenute a dimostrare di non avere “effettiva conoscenza” o a dare prova di “agire rapidamente” al fine di rimuovere o disabilitare l’accesso al contenuto.

Resta da verificare se gli *hosting provider* che hanno preferito sinora restare cauti nell’intraprendere forme di monitoraggio volontario, a causa del rischio di essere considerati “fornitori attivi con conoscenza”, interverranno più frequentemente o conserveranno la loro cauta attitudine per sot-

⁴⁶ Art. 14, Meccanismo di notifica e azione, par. 3: “Si ritiene che le notifiche contenenti gli elementi di cui al paragrafo 2 permettano di acquisire una conoscenza o consapevolezza effettiva ai fini dell’articolo 5 in relazione alle specifiche informazioni in questione”; par.6: “I prestatori di servizi di *hosting* trattano le notifiche ricevute nell’ambito dei meccanismi di cui al paragrafo 1 e adottano le loro decisioni in merito alle informazioni cui tali notifiche si riferiscono in modo tempestivo, diligente e obiettivo”.

⁴⁷ J. BARATA, *Positive Intent Protections: Incorporating a Good Samaritan principle in the EU Digital Services Act*, in *Center for Democracy & Technology*, 29 July 2020, disponibile online; A. KUCZERAWY, *The Good Samaritan that wasn’t: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act*, in *verfassungsblog.de*, 1st January 2021.

trarsi ad ogni possibile coinvolgimento nella responsabilità dei contenuti dei terzi.

8. Un aspetto particolarmente importante del DSA riguarda le disposizioni procedurali (considerando da 29 a 33 e articoli 8 e 9). L'armonizzazione legislativa riguarda anche la procedimentalizzazione dei reclami degli utenti e degli strumenti di ricorso per contenuti illegali o pratiche di moderazione; le procedure di rimozione dei contenuti illegali e le modalità di segnalazione. Tale controllo deve essere limitato a specifiche segnalazioni/reclami e/o analisi dei rischi derivanti da politiche e prassi consapevoli e consolidate di una singola piattaforma.

Gli ordini di contrastare i contenuti illegali e di fornire informazioni, impartiti da parte delle autorità giudiziarie o amministrative nazionali competenti sulla base del diritto dell'Unione o del diritto nazionale applicabile, sono soggetti alle norme che tutelano la competenza dello Stato membro nel quale è stabilito il prestatore di servizi. Dato che gli ordini in questione riguardano rispettivamente informazioni specifiche e contenuti illegali specifici, qualora siano destinati a prestatori di servizi intermediari stabiliti in un altro Stato membro, essi non impongono, in linea di principio, restrizioni alla libera prestazione transfrontaliera dei servizi da parte di tali prestatori⁴⁸.

Secondo l'art. 8 DSA, l'armonizzazione delle legislazioni nazionali per gli ordini di contrastare i contenuti illegali deve comprendere: a) la motivazione; l'indirizzo URL e le altre informazioni supplementari; informazioni sui mezzi di ricorso a disposizione; b) l'ambito di applicazione territoriale dell'ordine che non eccede quanto strettamente necessario per conseguire il suo obiettivo; c) la redazione dell'ordine nella lingua dichiarata dal prestatore. Appena ricevuto l'ordine emesso dalle autorità giudiziarie o amministrative nazionali competenti, i prestatori di servizi intermediari informano l'autorità che ha emesso l'ordine in merito al seguito, specificando la tipologia e la data delle misure adottate.

Secondo l'art. 9 DSA, l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di ordini di informazione è piuttosto simile a quella degli ordini di contrasto. Essa riguarda: a) la motivazione dell'obiettivo perseguito e le ragioni per cui la trasmissione di tali informazioni è un adempimento necessario e proporzionato, a meno che una simile motivazione non possa essere fornita per motivi connessi ad attività di prevenzione, indagine, accer-

⁴⁸ Le norme di cui all'articolo 3 della direttiva 2000/31/CE, comprese quelle relative alla necessità di giustificare le misure che derogano alla competenza dello Stato membro nel quale è stabilito il prestatore di servizi per determinati motivi specificati e le norme relative alla notifica di tali misure, non si applicano pertanto in relazione a tali ordini.

tamento e perseguimento di reati; informazioni sui mezzi di ricorso a disposizione; b) le informazioni che devono essere fornite dal prestatore devono essere quelle già raccolte al fine di prestare il servizio e che sono sotto il suo controllo; c) la redazione nella lingua dichiarata dal prestatore.

Quando ricevano un ordine di fornire informazioni specifiche su uno o più singoli destinatari del servizio, anch'esso emesso dalle autorità giudiziarie o amministrative nazionali competenti sulla base del diritto dell'Unione o nazionale applicabile, i prestatori di servizi intermediari informano senza indebito ritardo l'autorità che lo ha emesso, conformemente al diritto dell'Unione, in merito al ricevimento dell'ordine e al seguito dato allo stesso⁴⁹.

Un meccanismo in duplice grado presso organi di controllo indipendenti consentirà agli utenti: in primo luogo di segnalare contenuti che le piattaforme avranno l'obbligo giuridico di valutare e, se del caso, procedere al riguardo; in secondo luogo, di contestare eventuali rimozioni ritenute illegittime da parte degli utenti.

9. Il DSA si indirizza a diverse categorie di operatori online: dagli *Internet service provider* (ISP), alle piattaforme di qualsiasi grandezza e settore di attività. Il regime proposto varia a seconda delle sub-categorie di operatori, tramite la formulazione di obblighi via via più specifici, in ragione della loro dimensione economica. L'insieme normativo definisce gli obblighi "a cerchi concentrici" (o in formato "matrioska"), ossia a partire dagli obblighi applicabili a tutte le categorie di operatori sino a quelli indirizzati solo ad una categoria specifica⁵⁰. In concreto, la proposta prevede quattro gruppi di operatori: gli *internet service provider* (semplice trasporto/*mere conduit*; memorizzazione temporanea/*cache*; *host*), gli intermediari di servizi digitali, le piattaforme *online*⁵¹ e le "piattaforme di dimensioni

⁴⁹ Art. 9, Ordini di fornire informazioni.

⁵⁰ Il capo III del DSA, Obblighi in materia di dovere di diligenza per un ambiente online trasparente e sicuro, è diviso in cinque sezioni: la sez. 1 stabilisce quelli applicabili a tutti i prestatori di servizi intermediari; la sez. 2 stabilisce altri obblighi supplementari (rispetto a quelli previsti nella sezione 1), applicabili ai prestatori di servizi di *hosting*; la sezione 3 introduce obblighi applicabili a tutte le piattaforme online (in aggiunta a quelli previsti dalle sezioni 1 e 2); la sez. 4 stabilisce altri obblighi (oltre a quelli previsti nelle sezioni da 1 a 3), a carico delle piattaforme online di dimensioni molto grandi (come definite dall'articolo 25) per la gestione dei rischi sistemici; la sez. 5 contiene disposizioni trasversali riguardanti gli obblighi in materia di dovere di diligenza.

⁵¹ Le piattaforme online sono definite come fornitori di servizi di *hosting* che, su richiesta di un beneficiario, ospitano e diffondono informazioni al pubblico, a meno che questa attività sia minore e puramente accessoria ad un altro servizio, a condizione che questa integrazione in un altro servizio non costituisca un mezzo di eludere l'applicazione del regolamento (art. 2, lett. h, DSA).

molto grandi” (operatori sistemici)⁵². Per quest’ultimi (giganti tecnologici)⁵³, si prende in considerazione una soglia di utenti ma è noto che si caratterizzano soprattutto per il “significativo potere di mercato” su diversi mercati digitali, anche se non sempre qualificabile come posizione dominante in uno specifico mercato ai sensi delle regole della concorrenza dell’Unione.

Un insieme di obblighi è applicabile a tutti i fornitori che rientrano nell’ambito di applicazione soggettiva dal regolamento. Essi devono creare un punto di contatto unico per le autorità o, se non sono stabiliti nel territorio dell’Unione, un rappresentante legale (articoli 10 e 11).

Di grande rilievo è l’obbligo di trasparenza dei fornitori di servizi che devono menzionare, nelle loro condizioni generali di utilizzo, le informazioni sulle restrizioni normative che impattano sui loro servizi, in particolare le misure restrittive (oggettive e proporzionate) per la moderazione dei contenuti, incluso il processo decisionale mediante algoritmi o la moderazione effettuata da esseri umani (art. 12). Un rapporto annuale sulle procedure di moderazione avviate (compreso un elenco di informazioni dettagliate) deve essere pubblicato da tutte le società, ad esclusione delle micro o piccole imprese almeno una volta all’anno, in modo chiaro, comprensibile e dettagliato (art. 13).

Per quanto riguarda la notifica di eventuali contenuti illegali dovranno essere predisposti meccanismi facilmente accessibili a qualsiasi persona fisica o entità⁵⁴. La semplice notifica fa presumere la conoscenza di contenuti illegali, rendendo così responsabile la piattaforma se il contenuto palesemente illegale non è stato rimosso tempestivamente. Le piattaforme sono soggette a un obbligo di informazione in merito a tale procedura: sulla cancellazione dei contenuti o il blocco di accesso, informandone il beneficiario e specificandone i motivi; sulle informazioni minime della decisione, quali l’ambito territoriale, i fatti e le circostanze o i possibili rimedi. Infine, i provvedimenti adottati e le loro motivazioni devono essere conservati in

⁵² Con un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell’Unione in numero almeno pari o superiore a 45 milioni, vale a dire il 10 per cento della popolazione europea (art. 25 DSA).

⁵³ Oggetto della proposta di DMA sono le questioni di analisi di mercato e l’individuazione del più efficace contrasto sotto il profilo della regolazione e delle regole della concorrenza.

⁵⁴ Art. 14, Notice and action mechanisms. Questi fornitori di servizi devono fare il possibile per facilitare lo svolgimento di tale procedura e, a tal fine, il regolamento elenca alcuni elementi da menzionare nel modulo (art. 14, par. 2). D’ora in poi spetterà all’ospite facilitare il meccanismo di notifica, spostando il rispetto del formalismo dal segnalatore all’ospite.

una banca-dati (senza riferimenti personali) accessibile da parte alla Commissione europea.

L'istituzione di un sistema interno di gestione dei ricorsi contro le decisioni che dichiarano il contenuto illegale o incompatibile diverrà obbligatorio per le piattaforme *online*. Tutte le piattaforme *online* dovranno, tra le altre cose, fornire ai destinatari del servizio, per un periodo di almeno sei mesi, l'accesso ad un sistema interno che consenta loro di inviare reclami, in forma elettronica e gratuitamente, contro tali decisioni⁵⁵. I ricorsi devono essere trattati in tempi ragionevoli e in modo obiettivo e le piattaforme devono informare i ricorrenti della decisione presa e della possibilità di risoluzione alternativa delle controversie. Tale sistema interno deve chiarire le condizioni generali di utilizzo e determinarne chiaramente le conseguenze (la rimozione dei medesimi contenuti o il blocco all'accesso, nonché la sospensione/cancellazione di un *account*). Le decisioni non devono essere assunte solo tramite un trattamento automatizzato.

Per le informazioni idonee a far sospettare reati gravi che comportano una minaccia per la vita o l'incolumità delle persone, le piattaforme hanno l'obbligo di informare le autorità competenti nel caso in cui ne vengano a conoscenza⁵⁶. Inoltre, qualora consentano ai consumatori di concludere contratti a distanza con professionisti che utilizzano i loro servizi, dovranno compiere ogni "ragionevole sforzo per valutarne l'affidabilità e rendere pubbliche le relative informazioni⁵⁷.

Quando entrerà in vigore il DSA, le piattaforme avranno il potere, tramite le specifiche procedure e le dovute garanzie, di sospendere gli *account* che forniscono contenuti manifestamente illegali (art. 20, misure e protezione contro gli abusi. La disposizione prevede che dopo un avviso preventivo, le piattaforme online sospendono per un periodo di tempo ragionevole la prestazione dei loro servizi ai destinatari del servizio che forniscono frequentemente contenuti manifestamente illegali; oppure presentano notifiche o reclami manifestamente infondati. Le piattaforme online valutano "in modo tempestivo, diligente e obiettivo", se un destinatario o un reclamante commetta abusi. Criteri alla base della valutazione: a) il numero, di contenuti o di notifiche/reclami manifestamente infondati; b) la proporzione rispetto al numero di informazioni o di notifiche nell'anno prece-

⁵⁵ Art. 17, Sistema interno di gestione dei reclami.

⁵⁶ Art. 21, Notifica di sospetti di reati.

⁵⁷ Art. 22, Tracciabilità degli operatori commerciali: "1. Qualora una piattaforma online consenta ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali, tale piattaforma provvede affinché gli operatori commerciali possano utilizzare i suoi servizi per pubblicizzare o offrire prodotti o servizi a consumatori situati nell'Unione solo se, prima di consentire l'uso dei propri servizi, la piattaforma online ha ottenuto le informazioni seguenti [...]".

dente; c) la gravità degli abusi e delle relative conseguenze; d) l'intenzione del destinatario, della persona, dell'ente o del reclamante. Le piattaforme definiscono nelle condizioni generali la loro politica sugli abusi, anche per quanto riguarda i fatti e le circostanze di cui tengono conto al fine di determinare la durata della sospensione.

Ulteriori obblighi di informazione riguardano: i casi sottoposti al metodo alternativo di risoluzione delle controversie e il periodo di tempo in cui questi casi sono trattati; i provvedimenti di sospensione pronunciati, il numero di segnalazioni e reclami manifestamente infondati, nonché l'eventuale utilizzo di dispositivi automatici di moderazione dei contenuti (art. 23). Le piattaforme devono inoltre pubblicare ogni sei mesi informazioni sul numero di beneficiari attivi in ciascuno Stato membro e comunicare queste informazioni su richiesta al coordinatore del servizio digitale.

Infine, obblighi di trasparenza specifici riguardano la pubblicità online delle piattaforme che sono tenute a rendere i destinatari del servizio in grado di identificare: a) la natura pubblicitaria delle informazioni visualizzate; b) la persona fisica o giuridica per conto della quale viene visualizzata la pubblicità; c) informazioni rilevanti sui principali parametri utilizzati per determinare il destinatario al quale viene mostrata la pubblicità⁵⁸.

10. Il DSA impone alle piattaforme molto grandi un certo numero di obblighi, spesso molto restrittivi. Per essere qualificate come tali, esse devono fornire i propri servizi ad un numero medio di utenti attivi mensilmente, all'interno dell'Unione, pari o superiore a 45 milioni⁵⁹. Il coordinatore dei servizi digitali del luogo di insediamento della piattaforma deve verificare la soglia e, sulla base di tale verifica, adottare una decisione che designa una "piattaforma molto grande", informando la Commissione, che pubblica un elenco aggiornato delle piattaforme molto grandi nella Gazzetta ufficiale. La qualifica si applica o cessa quattro mesi dopo questa pubblicazione.

Dagli obblighi aggiuntivi applicabili alle piattaforme *online*, sono escluse le micro e piccole imprese⁶⁰. Un segnalatore attendibile, al quale inviare le notifiche di contenuti illegali, è assegnato dal coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro in cui è stabilito⁶¹. Le piattaforme *online* possono

⁵⁸ Art. 24, Trasparenza della pubblicità online.

⁵⁹ Le piattaforme di grandi dimensioni sono definite all'art. 25 DSA. La metodologia di calcolo sarà specificata successivamente tramite un atto delegato della Commissione che potrà anche modificarla in modo da corrispondere a una determinata percentuale della popolazione dell'Unione.

⁶⁰ Articoli da 16 a 24.

⁶¹ Art. 19, Segnalatori attendibili.

sospendere la fornitura dei loro servizi per un periodo di tempo ragionevole e dopo aver emesso un preavviso, a coloro che spesso forniscono contenuti manifestamente illegali o abusano nell'attuazione delle notifiche e dei reclami. Infine, la politica della piattaforma deve essere chiaramente definita nelle sue condizioni generali, in particolare la definizione dell'abuso e la durata della sospensione. Nella valutazione caso per caso della natura abusiva, le misure di sospensione devono prendere in considerazione il numero di contenuti manifestamente illegali rispetto al numero di notifiche o reclami manifestamente infondati⁶².

L'art. 26 DSA obbliga queste piattaforme molto grandi a effettuare un'analisi dell'impatto dei rischi sistemici significativi derivanti dal funzionamento e dall'uso dei loro servizi, in particolare per i loro sistemi di moderazione dei contenuti e di raccomandazione, nonché i loro sistemi per selezionare e visualizzare annunci pubblicitari. Il primo paragrafo specifica che devono essere inclusi i seguenti rischi: a) la diffusione di contenuti illegali sui propri servizi; b) gli effetti pregiudizievoli sull'esercizio dei diritti al rispetto della vita privata e familiare, sulla libertà di espressione e di informazione, sul divieto di discriminazione e sui diritti del bambino; e c) la manipolazione intenzionale dei loro servizi con effetti reali o prevedibili sulla protezione della salute pubblica, dei minori, del discorso civico o relativa ai processi elettorali e alla sicurezza pubblica.

Le novità più rilevanti sono l'obbligo di un audit esterno per le grandi piattaforme e di una valutazione di rischio (*risk assessment*) affinché le aziende sappiano valutare e prendere i necessari provvedimenti in caso di uso distortivo del proprio servizio su diritti fondamentali, quali la *privacy*, la libertà di informazione, la discriminazione, la correttezza dei processi elettorali, la salute e la sicurezza pubblica.

L'obbligo di effettuare un'analisi di impatto è spiegato dall'uso massiccio, di determinate piattaforme, al fine di mettere in atto tutte le possibili misure per mitigare i rischi, con la collaborazione delle autorità (art. 27). Tali piattaforme possono essere oggetto di revisione contabile (art. 29). Ulteriori informazioni devono essere fornite qualora la piattaforma includa annunci pubblicitari nel proprio servizio online, in particolare se l'annuncio era destinato ad essere trasmesso a una o più specifiche categorie di destinatari; in tal caso, devono essere menzionati i principali parametri utilizzati, così da rendere meno opachi i meccanismi di pubblicità mirata.

È previsto un meccanismo per l'accesso ai dati da piattaforme molto grandi da parte del coordinatore dei servizi digitali, su sua richiesta e, se del caso, per la condivisione di questi dati a ricercatori autorizzati; nonché

⁶² Art. 20, Misure e protezione contro gli abusi.

la nomina di uno o più responsabili della conformità (articoli 31 e 32). Sulla trasparenza delle piattaforme molto grandi, devono essere pubblicati semestralmente rapporti sull'attuazione della loro politica di moderazione dei contenuti, insieme alle relazioni sul risultato della valutazione del rischio, audit ed esecuzione dell'*audit* (art. 33).

In connessione con l'attuale crisi sanitaria, la proposta di regolamento prevede un protocollo di crisi che avrebbe un impatto straordinario sulla salute o sicurezza pubblica (art. 37). In questo contesto, la Commissione incoraggia le piattaforme online a sviluppare un piano d'azione, che può includere le seguenti misure: visualizzazione delle informazioni fornite dalle autorità degli Stati membri o dell'Unione sulla situazione di crisi, designazione del punto di contatto come responsabile della gestione della crisi e, se del caso, adeguamento delle risorse assegnate per soddisfare gli obblighi del regolamento alle esigenze generate dalla situazione di crisi. A questo protocollo partecipano le autorità degli Stati membri, le istituzioni dell'Unione ed eventualmente la società civile.

11. L'efficace attuazione del regolamento è assicurata da un dettagliato quadro istituzionale⁶³. Ciascuno Stato membro designerà una o più autorità competenti per vigilare sull'applicazione del regolamento, e tra queste sarà designato un coordinatore dei servizi digitali con articolate competenze⁶⁴. Le autorità nazionali competenti, compresi i coordinatori dei servizi digitali, sono le principali autorità nazionali indipendenti designate dagli Stati membri per l'applicazione del regolamento, e sono tenute a svolgere i loro compiti in modo imparziale, trasparente e tempestivo.

Al contempo, la proposta prevede una supervisione dei servizi digitali e la cooperazione tra le autorità a livello di Unione. Il principio di base di questo regime è quello del Paese di origine (clausola del mercato interno) secondo cui una piattaforma online è soggetta solo alle regole dello Stato membro dell'Unione in cui è stabilita la sede principale. Lo Stato membro in cui si trova lo stabilimento principale del fornitore è competente per l'applicazione del DSA⁶⁵, nonché stabilisce norme sulle sanzioni applicabili in caso di violazione degli obblighi da parte dei prestatori di servizi di intermediazione⁶⁶.

Ai coordinatori dei servizi digitali sono attribuiti poteri e obblighi spe-

⁶³ Il quadro istituzionale si apre con il richiamo di *standard* di *soft law*: promozione di *standard* (art. 34), codici di condotta (art. 35) e codici di condotta specificamente progettati per la pubblicità online (art. 36).

⁶⁴ Articoli 38 e 39-46.

⁶⁵ Art. 40.

⁶⁶ Art. 42.

cifici: ricevono reclami contro fornitori di servizi intermediari per violazioni degli obblighi previsti dal DSA; sono tenuti a pubblicare relazioni annuali sulle loro attività, a cooperare con i coordinatori dei servizi digitali di altri Stati membri⁶⁷ e a partecipare a indagini congiunte riguardo a questioni disciplinate dal regolamento. Il Comitato europeo dei servizi digitali (d'ora in poi: il Comitato), un gruppo consultivo indipendente di coordinatori nazionali, avrà compiti consultivi nei confronti dei coordinatori stessi e della Commissione europea⁶⁸.

Per le piattaforme online di grandi dimensioni, il Coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento (*d'ora in poi*: il Coordinatore) può adottare una decisione in cui constata una violazione da parte della piattaforma, avvalendosi del sistema di vigilanza rafforzata (art. 50)⁶⁹, anche in considerazione dei pareri e delle raccomandazioni della Commissione e del Comitato⁷⁰. Il Coordinatore chiede, tramite decisione, alla piattaforma un piano d'azione finalizzato alla cessazione o al rimedio alla violazione degli obblighi, ivi compresa l'eventuale adesione a un codice di condotta. Sulla base di un'articolata procedura, ivi compreso un eventuale *audit*, il Coordinatore accerta l'eventuale cessazione della violazione o il rimedio adottato, indicandone le motivazioni.

Anche la Commissione europea può avviare un procedimento volto all'adozione di decisioni. In tal caso, il Coordinatore non è più autorizzato ad adottare alcuna misura di indagine o di esecuzione al riguardo; mentre è tenuto a ritrasmettere tutte le informazioni che ha scambiato con il Comitato e con la piattaforma interessata⁷¹. La Commissione può, con semplice richiesta o decisione, imporre alle piattaforme di fornire informazioni⁷² e può sentire qualsiasi persona fisica o giuridica ai fini della raccolta di informazioni⁷³; può altresì effettuare ispezioni *in loco* presso i locali della piattaforma⁷⁴ dopo averne precisato i dettagli, sempre a mezzo di una deci-

⁶⁷ Articoli 41, 43, 44, 45 e 46.

⁶⁸ Articoli 47-49.

⁶⁹ Sezione 3, Vigilanza, indagini, esecuzione e monitoraggio in relazione alle piattaforme online di dimensioni molto grandi, art. 50, Vigilanza rafforzata sulle piattaforme online di dimensioni molto grandi.

⁷⁰ Assunti di propria iniziativa o su richiesta di almeno tre coordinatori dei servizi digitali del luogo di destinazione.

⁷¹ Art. 51, Intervento della Commissione e avvio del procedimento

⁷² Art. 52, Richieste di informazioni anche a qualsiasi altra persona che agisca per fini connessi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale e che possa ragionevolmente essere a conoscenza di informazioni relative alla violazione o alla presunta violazione.

⁷³ Art. 53, Potere di audizione e di raccogliere dichiarazioni.

⁷⁴ Art. 54, Potere di effettuare ispezioni *in loco*.

sione *ad hoc*. Tale decisione deve informare sul diritto di chiederne il riesame alla Corte di giustizia. In caso di urgenza, la Commissione europea può, mediante decisione, ordinare misure provvisorie nei confronti della piattaforma sulla base di una constatazione *prima facie* di una violazione⁷⁵. Nel caso di “impegni” (offerti dalla piattaforma volti a garantire la conformità della sua attività), la Commissione europea può, sempre tramite decisione, renderli vincolanti e dichiarare che non vi sono ulteriori motivi per intervenire⁷⁶. In generale, la Commissione europea può intraprendere le azioni necessarie per monitorare l’effettiva attuazione e osservanza del DSA da parte della piattaforma interessata, anche ordinandole di fornire accesso ai suoi algoritmi e alle sue banche dati e di fornire spiegazioni al riguardo⁷⁷.

Alla conclusione della procedura, la Commissione europea adotta una decisione di non-conformità qualora constati che la piattaforma interessata non rispetta le disposizioni del DSA, le misure provvisorie o gli “impegni” resi vincolanti⁷⁸. Nella stessa decisione, la Commissione europea può infliggere sanzioni pecuniarie non superiori al 6 % del fatturato totale (realizzato dalla piattaforma nell’esercizio precedente)⁷⁹ in considerazione della natura, gravità, durata, reiterazione della violazione e del ritardo causato al procedimento; nonché ulteriori sanzioni pecuniarie non superiori all’1 % del fatturato nell’ipotesi in cui, intenzionalmente o per negligenza, la piattaforma fornisca informazioni inesatte, omettendo di rettificare informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti fornite da un membro del personale oppure rifiutando di sottoporsi a un’ispezione *in loco*. Infine, la Commissione europea può, sempre mediante decisione, infliggere alla piattaforma o alle altre persone coinvolte, penalità di mora giornaliera non superiori al 5 % del fatturato giornaliero medio dell’esercizio precedente⁸⁰.

Per le piattaforme sono previsti obblighi ulteriori per la valutazione e gestione dei rischi sistemici connessi al funzionamento e all’utilizzo dei loro servizi, compreso l’obbligo di concedere ai ricercatori l’accesso ai propri dati per l’identificazione e lo studio di tali rischi.

Infine, va notato che sono previste disposizioni procedurali specifiche per le piattaforme molto grandi (articoli da 50 a 66). In quanto tale, la Commissione ha ampi poteri per monitorare, e sanzionare queste piattaforme.

⁷⁵ Art. 55, Misure provvisorie.

⁷⁶ Art. 56, Impegni.

⁷⁷ Art. 57, Azioni di monitoraggio.

⁷⁸ Art. 58, Non conformità.

⁷⁹ Art. 59, Sanzioni pecuniarie.

⁸⁰ Art. 60, Penalità di mora

12. In conclusione, ad un sostanziale “lasciar-fare” per l’attività dei fornitori di servizi digitali (che ha favorito, dall’origine sino all’attuale “maturità” del sistema, innovazione e investimenti da parte delle imprese-protagoniste della rivoluzione digitale), la Commissione intende ora sostituire un nuovo *asset* di poteri pubblici a livello nazionale e sovranazionale. Dalla delega in bianco alle piattaforme che stabiliscono il bilanciamento tra diritti fondamentali si intravede una nuova stagione in cui i poteri pubblici siano in grado di portare avanti una visione generale, non privatistica e non proprietaria dello spazio digitale, che rappresenta il luogo privilegiato del “mercato delle idee”.

È convinzione prevalente che il completamento del Mercato unico digitale richieda un’armonizzazione legislativa e il rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali contro i contenuti illegali e la disinformazione. Il processo normativo appare particolarmente complesso a fronte della rapida evoluzione tecnologica e la capillare diffusione dei servizi e dei sistemi di comunicazione digitale. L’utilizzazione degli algoritmi assume rilievo in relazione ai principi del pluralismo informativo e della trasparenza dei criteri editoriali. Anche i criteri apparentemente più neutrali, come quello delle “pagine più visualizzate” (Google), possono poi essere rivisti dagli algoritmi in base alle “caratteristiche” (estratte dai dati digitali) del singolo utente. In generale, il completamento del mercato unico digitale richiede una maggiore trasparenza per le attività commerciali svolte tramite le piattaforme online.

Le contrapposte esigenze con le quali deve confrontarsi il legislatore dell’Unione sono chiare: da un lato, la necessità di non ostacolare, tramite procedure burocratiche e controlli sproporzionati, le potenzialità di innovazione e di creazione di ricchezza realizzate dal contesto di quasi-*deregulation* vigente in questo momento a partire dalla fase pionieristica delle attività digitali; dall’altro, quella di introdurre una legislazione dell’Unione in un contesto economico che rischia altrimenti di diventare sempre più un *Far-west* in cui operano le grandi società tecnologiche in posizione dominante su uno o più mercati digitali.

La comune visione dell’Unione in materia di servizi e piattaforme online si manifesterà nella formulazione del bilanciamento legislativo fra gli interessi e i settori coinvolti che riguardano politiche di sviluppo/innovazione, tutela dei diritti fondamentali, diritto dei consumatori e trasparenza delle attività degli operatori economici. Come già verificatosi per i dati personali, il modello giuridico-istituzionale in discussione rappresenta un’occasione per manifestare una comune identità giuridica e, ancor prima, un’identità socioculturale dell’Unione europea.

DATA GOVERNANCE ACT.
CONDIVISIONE E “ALTRUISMO” DEI DATI

FLAVIA CALOPRISCO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La necessità di una *governance* di condivisione e riutilizzo dei dati europea. – 3. Un modello complementare. – 4. L’ambito di applicazione. – 5. L’articolazione della proposta con la direttiva sui dati aperti e il regolamento generale sulla protezione dei dati personali. – 6. Il riutilizzo di determinate categorie di dati protetti e detenuto da enti pubblici. – 7. L’altruismo dei dati. – 8. Il meccanismo di controllo. – 9. Conclusioni.

1. I dati personali sono al centro della trasformazione digitale della società e dell’economia in tutti i settori di attività. Per molti anni, il trattamento e l’utilizzazione dei dati sono stati disciplinati da un nucleo limitato di regole sino all’adozione del regolamento (UE) 679/2016 (GDPR)¹. In questo contesto la Commissione europea propone un quadro legislativo sui servizi digitali che, tra l’altro, hanno un forte impatto sui dati.

Oltre che nel pacchetto sui servizi e piattaforme digitali, la Commissione europea persegue la “Strategia dei dati”². Se attualmente un numero ridotto di imprese tecnologiche non-europee (*Big Tech*) detiene la maggior parte dei dati disponibili, lo scenario nell’Unione dovrebbe cambiare nel prossimo futuro perché, secondo le previsioni, i dati saranno prodotti da

* Dottore di ricerca in diritto dell’Unione europea con doppio titolo Université Paris-Est e Università Roma Tre; contrattista di insegnamento in diritto dell’Unione europea presso l’Università di Teramo (sede di Avezzano).

¹ 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). In dottrina, tra l’altro, v. R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato* (Commentario al Regolamento UE n. 679/2016 e al d.lgs. n. 101/2018), Milano, 2019; A. BARBA, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone, Leggi collegate*, vol. II, Regolamento UE n. 679/2016, nel Commentario al codice civile diretto da E. GABRIELLI, Milano 2019; G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019; C. KUNER, L.A. BYGRAVE, C. DOCKSEY, L. DRECHSLER (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Oxford, 2020. Per una valutazione dei risultati e delle questioni aperte, v. P9_TA(2021)0111, risoluzione del Parlamento europeo, del 25 marzo 2021, sulla relazione di valutazione della Commissione concernente l’attuazione del regolamento generale sulla protezione dei dati due anni dopo la sua applicazione (2020/2717(RSP)).

² COM(2020) 66 final, 19 febbraio 2020, Una strategia europea per i dati.

applicazioni industriali e professionali, ambiti di interesse pubblico o applicazioni dell'Internet delle cose, il *cloud* ai margini della rete (*cloud at the edge*), le soluzioni digitali per le applicazioni critiche per la sicurezza e il calcolo quantistico.

Oggetto di questo commento è la proposta di regolamento, dal titolo "Atto sulla *governance* dei dati" o *Data Governance Act* (*d'ora in poi: DGA*)³ che fa parte del pacchetto digitale insieme alle due più note proposte di regolamento sui servizi e piattaforme digitali, denominate *Digital Services Act* (DSA)⁴ e *Digital Markets Act* (DMA)⁵.

I principi ispiratori della proposta in commento sono: rendere disponibili i dati del settore pubblico per il riutilizzo⁶; condividere⁷ dati tra le

³ COM(2020) 767 final, 25 novembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla *governance* europea dei dati (DGA), SWD(2020) 295 final, 25 novembre 2020. Commission staff working document impact assessment report, accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act). Nell'analisi del DGA si terrà conto del parere emanato congiuntamente sul DGA dal Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) e dal Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB, v. EDPB, GEPD, Joint Opinion 03/2021 on the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act)) che ha rilevato alcune criticità su alcuni aspetti della proposta. Il Garante europeo della protezione dei dati (GEPD), istituito dal regolamento (UE) 2018/1725, è un organismo indipendente dell'UE responsabile del monitoraggio dell'applicazione delle norme sulla protezione dei dati nell'ambito delle istituzioni europee e dell'istruzione dei reclami. Il Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) è un organo europeo indipendente, che contribuisce all'applicazione coerente delle norme sulla protezione dei dati è composto da rappresentanti delle autorità nazionali per la protezione dei dati e dal Garante europeo della protezione dei dati (GEPD).

⁴ Il DSA regola le responsabilità e gli obblighi dei fornitori intermediari, v. COM(2020) 825 final 15 dicembre 2020, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (DSA) e che modifica la direttiva 2000/31/CE. Per un'analisi, v. G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in *Post AISDUE, Focus "Servizi e Piattaforme digitali"*, 2021, p. 1 ss.

⁵ Il DMA definisce e disciplina il ruolo degli intermediari soprattutto nella prospettiva della concorrenza, v. COM(2020) 842 final, 15 dicembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (DMA). Per un'analisi, v. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *Post AISDUE, Focus "Servizi e Piattaforme digitali"*, 2021, p. 30 ss.

⁶ "Il consenso accordato dagli interessati al trattamento dei dati personali che li riguardano, o le autorizzazioni di altri titolari dei dati volte a consentire l'uso dei loro dati non personali senza la richiesta di un compenso, per finalità di interesse generale, quali la ricerca scientifica o il miglioramento dei servizi pubblici" (art. 2, par. 10, DGA).

⁷ "La fornitura di dati da un titolare dei dati a un utente dei dati ai fini dell'utilizzo

imprese; consentire l'utilizzo dei dati per motivi altruistici⁸. Infatti, le imprese possono condividere i propri dati insieme al relativo *know how* (conoscenze, esperienza e strumenti operativi, ad esempio software, algoritmi ecc...). In questo caso, si parla di “*corporate philanthropy*”⁹, con il quale si indica anche la condivisione di competenze e risorse per condurre analisi e divulgare i risultati per un uso più ampio. Ciò è particolarmente importante, perché alcuni soggetti pubblici o privati potrebbero disporre di una vasta quantità di dati senza disporre del personale e della tecnologia necessaria. Tuttavia, il concetto di “donazione” si scontra con il diritto fondamentale della protezione dei dati personali. Il termine “donazione” è stato quindi sostituito dalla Commissione europea con quello di “altruismo”. La scelta del termine “altruismo” risulta altrettanto problematica implicando che non acconsentire alla condivisione dei dati equivalga ad una manifestazione di “egoismo”¹⁰.

Il pacchetto legislativo sui servizi digitali rappresenta un importante passo in avanti verso il completamento dell'armonizzazione legislativa del Mercato unico digitale dell'Unione europea¹¹, con l'ambizione di proporre un nuovo modello per la regolamentazione delle attività dei *service provider* (ISP) e delle piattaforme *online*, con un maggiore controllo amministrativo e giudiziario a livello degli Stati membri e dell'Unione. Infatti, soprattutto i soggetti privati gestori di motori di ricerca e *social network* si sono sviluppati in un contesto di autoregolamentazione, sino al punto da acquisire po-

congiunto o individuale dei dati condivisi, sulla base di accordi volontari, direttamente o tramite un intermediario” (*ivi*, par. 7).

⁸ Il c.d. “altruismo dei dati” è riferibile all'utilizzo dei dati per scopi non legati ad aspetti economici, dato il carattere gratuito, ma a obiettivi di natura scientifica legati all'interesse pubblico. Un esempio di *data altruism* sono le *app* di *contact tracing* sviluppate dai vari governi degli Stati membri per combattere la diffusione di Covid-19.

⁹ M. STEMPECK, *Sharing Data Is a Form of Corporate Philanthropy*, in *Harvard Business Review*, 24 July 2014; R. KIRKPATRICK, *op. cit.*; J. GEORGE, D. E. LEIDNER, J. YAN, *Data Philanthropy: Corporate Responsibility with Strategic Value?*, in *Information Systems Management*, November 2019; I. SUSHI, J. R. GIL-GARCIA, *A Collaborative Governance Approach to Partnerships Addressing Public Problems with Private Data*, Proceedings of the 52nd Hawaii International Conference on System Sciences, 24 January 2019.

¹⁰ Si pensi alle critiche dei ricercatori e dell'opinione pubblica nei confronti di quella parte della popolazione che si rifiuta di utilizzare le *app* di *contact tracing* per contrastare la pandemia da Covid-19. In argomento, v. G. GONZÁLEZ FUSTER, *L'altruisme des données peut-il sauver le monde?*, in *La Chronique Carta Academica*, aprile 2021.

¹¹ COM(2020) 93 final, 10.3.2020, Individuare e affrontare le barriere al mercato unico disponibile online. Sul Mercato unico digitale *in fieri*, v. G. CAGGIANO, *Il quadro normativo del Mercato unico digitale*, in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Mercato Unico digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *rivista.eurojus.it*, numero speciale, luglio 2020, p. 13 ss.

teri para-costituzionali sul *web*¹². Un fenomeno così vasto e invasivo per la *privacy* dei cittadini/utenti dell'Unione europea non può in alcun modo essere privo di un'adeguata *governance* armonizzata a livello dell'Unione europea.

A seguito dei riscontri sull'impianto normativo del DGA, la Commissione europea prevede di adottare una successiva proposta per il completamento della disciplina della condivisione (*sbaring*) dei dati che sarà denominata *Data Act*. Quest'ultima dovrebbe precisare e sviluppare alcuni aspetti della disciplina in materia: la condivisione dei dati tra imprese e pubblica amministrazione (*business-to-government*) per l'interesse pubblico; il sostegno alla condivisione dei dati tra imprese (*business-to-business*), in particolare sui diritti d'uso per i dati generati congiuntamente, quali i dati IoT in contesti industriali (generalmente disciplinati tramite contratti privati); la protezione dei diritti di proprietà intellettuale¹³.

L'obiettivo è creare uno "spazio unico europeo di dati" o un "mercato unico di dati" nel quale dati personali e non-personali (ivi compresi quelli commerciali sensibili) possano circolare in un quadro giuridico sicuro che garantisca l'accesso a una quantità di dati industriali di elevata qualità determinando un rilevante impatto sulla creazione della catena del valore. Sulla base dell'esperienza del *Cloud europeo per la scienza aperta*¹⁴, la Commissione sosterrà la creazione di nove spazi comuni europei di dati nei settori dei dati industriali (manifatturieri), sul *Green Deal*, sulla mobilità, in ambito sanitario, e finanziario, sull'energia, sull'agricoltura, per la pubblica amministrazione, sulle competenze professionali¹⁵.

2. La base giuridica del DGA è costituita dall'art. 114 del TFUE¹⁶. Al riguardo, la competenza concorrente del mercato consente agli Stati mem-

¹² V. O. POLLICINO, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *federalismi.it*, 16 ottobre 2019.

¹³ COM(2020) 66 final, 19 febbraio 2020, cit., p. 15 ss.

¹⁴ Nel 2016 la Commissione europea ha proposto e poi lanciato nel 2018 la creazione dell'*European Open Science Cloud*, il portale *online* per l'archiviazione, la condivisione e il riutilizzo dei dati a livello interdisciplinare e transfrontaliero. L'infrastruttura di dati europea, con reti a banda larga, consente l'archiviazione su vasta scala, anche grazie alla capacità di supercalcolo per accedere e elaborare grandi set di dati archiviati. La struttura della *governance* include ministri degli Stati membri, *stakeholder* e scienziati e progressivamente il settore pubblico e l'industria.

¹⁵ COM(2020) 66 final, 19 febbraio 2020, cit., Appendice, Spazi comuni europei di dati in settori strategici e ambiti di interesse pubblico.

¹⁶ A tal proposito l'art. 4 paragrafi 2 e 3, TFUE stabilisce che, nei settori del mercato interno e dello sviluppo tecnologico, l'Unione ha competenza per condurre azioni specifiche senza che l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati

bri di adottare regole nazionali sino a quando uno specifico aspetto non sia compiutamente disciplinato con atti di diritto derivato¹⁷. Tuttavia, occorre ricordare che la competenza dell'Unione in materia di sviluppo tecnologico non impedisce agli Stati membri di continuare ad esercitare la loro competenza (art. 4, par. 3, TFUE). La scelta dello strumento del regolamento è giustificata dalla necessità di un'applicazione uniforme delle norme. Al contempo, la proposta in parola lascia agli Stati membri un margine di discrezionalità per la definizione di alcuni aspetti costitutivi degli organismi competenti.

In ogni caso, il DGA deve essere compatibile con il quadro normativo del GDPR. La proposta prevede solo il 'considerando' sul rispetto della normativa sulla protezione dei dati personali¹⁸. La Commissione europea non approfondisce le questioni relative alla compatibilità tra il DGA e il GDPR in quanto ritiene la proposta totalmente coerente con il sistema generale della protezione dei dati. In senso contrario l'EDPB e il GEPD hanno evidenziato nel loro commento congiunto che le definizioni della proposta non sono coerenti con alcune definizioni e concetti del GDPR e pertanto devono essere modificate o chiarite¹⁹. In generale, le misure proposte dovranno rispettare pienamente la legislazione sulla protezione dei dati: il loro riutilizzo dovrà essere fondato sul consenso dell'utente, in base ad un obbligo di legge o su base contrattuale²⁰. Al contrario, l'interesse le-

membri di esercitare la loro. L'art. 114 TFUE si applica "se il trattato non dispone diversamente", a conferma del suo carattere generale. L'art. 115 TFUE è applicabile "fatto salvo l'art. 114", in ragione del suo carattere suppletivo. Per una sintesi della materia, v. G. GATTINARA, *Artt. 114-115 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 1144 ss.; C. AMALFITANO, *Ravvicinamento delle legislazioni* [dir. UE], in *Treccani*, Diritto on line, 2015.

¹⁷ A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2013.

¹⁸ Considerando 28, DGA: "Il presente regolamento dovrebbe lasciare impregiudicati l'obbligo incombente ai fornitori di servizi di condivisione dei dati di rispettare il regolamento (UE) 2016/679 e la responsabilità delle autorità di controllo di garantire il rispetto di tale regolamento. Qualora siano titolari del trattamento o responsabili del trattamento dei dati ai sensi del regolamento (UE) 2016/679, i fornitori di servizi di condivisione dei dati sono vincolati dalle norme di tale regolamento".

¹⁹ Un esempio riportato dal EDPB e dal GEPD è la definizione di "utente dei dati" ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 6 della proposta. Si tratta di una nuova definizione, la cui interazione, nel caso di dati personali, con la definizione di destinatario ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 9, del GDPR non è chiara. V. Joint Opinion 3/2021, cit., p. 19.

²⁰ A titolo esemplificativo l'EDPB e il GEPD raccomandano di specificare nel testo della proposta che, per quanto riguarda i dati personali, il loro trattamento deve sempre essere basato su una base giuridica ai sensi dell'articolo 6 del GDPR. *Ibidem* p. 12.

gittimo del titolare non costituisce idonea base giuridica per i trattamenti svolti dalle autorità pubbliche²¹.

Com'è noto, i dati personali rappresentano una componente essenziale dell'identità dell'individuo la cui tutela richiede una definizione delle finalità della raccolta e del trattamento. Il fenomeno dell'"altruismo dei dati" si riferisce specificamente all'utilizzo gratuito dei dati per scopi non economici, per la valorizzazione dell'interesse pubblico²². In definitiva, l'altruismo dei dati è basato sul consenso degli interessati²³, secondo le condizioni di liceità previste dal GDPR²⁴. Le finalità possono essere sostenute dal consenso dell'avente diritto in determinati settori laddove vi sia il rispetto delle norme deontologiche²⁵. Un successivo trattamento a fini di ricerca scientifica, storica o statistica non è considerato incompatibile con le finalità iniziali²⁶. Tuttavia, considerato che non è possibile individuare pienamente, sin dall'inizio, la finalità del trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica dovrebbe essere consentito agli interessati di prestare il proprio consenso, eventualmente limitandolo a determinati settori di ricerca o parti di progetti di ricerca²⁷.

²¹ Ai sensi del par. 1, art. 6, GDPR: Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: [...] e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento. Inoltre, ai sensi del comma 3, art. 6, GDPR: la base giuridica su cui si fonda il trattamento dei dati di cui al paragrafo 1, lett. c) ed e), deve essere stabilita: a) dal diritto dell'Unione; o b) dal diritto dello Stato membro cui è soggetto il titolare.

Per una definizione dell'interesse legittimo nella tutela dei dati personali, v. Article 29 Working Party, *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data*, disponibile online. Inoltre il consenso nella maggior parte dei casi non è la base legale appropriata per i trattamenti dell'autorità pubblica v. EDPB Guidelines 5/2020 on consent under Regulation 2016/579 disponibile *online*. V. Joint Opinion 3/2021, cit., p. 21.

²² V. COM (2020) 405 final, 28 maggio 2020, regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'istituzione di un programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027 e che abroga il regolamento (UE) n. 282/2014 ("programma UE per la salute") (EU4Health), Il programma "UE per la salute" si concentrerà sulla fornitura di applicazioni di condivisione dei dati e di piattaforme dei cittadini (*citizen platform*) in settori quali la gestione transfrontaliera sicura ed efficace dei dati personali relativi alla salute, il miglioramento dei dati per la ricerca, la prevenzione delle malattie, la sanità e l'assistenza personalizzate, e l'uso di strumenti digitali per dare maggiori poteri e autonomia ai cittadini e per un'assistenza incentrata sulla persona, in conformità delle norme in materia di protezione dei dati.

²³ Art. 6, par.1, lett. a), e art. 9, par. 2, lett. a) GDPR.

²⁴ Art. 7 GDPR.

²⁵ Art. 5, par. 1, lett. b) GDPR.

²⁶ Art. 89, par. 1, GDPR.

²⁷ Considerando 33, GDPR.

3. Sia pure nell'ambito di settori specifici quali la ricerca scientifica, il DGA offre un nuovo modello di servizi di intermediazione *online*. In particolare, intende definire le condizioni e i meccanismi per la condivisione dei dati per finalità di accesso, scambio e riutilizzo. Il quadro giuridico riguarderà i dati del settore pubblico o messi a disposizione, su base volontaria, da parte di individui o imprese. In tale ambito, il DGA intende stabilire anche le condizioni per la condivisione dei dati alle imprese e agli organismi di ricerca scientifica tramite norme e pratiche comuni negli Stati membri²⁸.

Il fenomeno in questione riguarda tre categorie di dati: personali, personali anonimizzati e non-personali²⁹. La distinzione è fondamentale anche se è difficile definire un dato "permanentemente non personale"³⁰. Al ri-

²⁸ Il Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) ha adottato il 21 aprile 2020 le linee guida sul trattamento di dati relativi alla salute per finalità di ricerca nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19 (Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak). Il documento ricorda la necessità di rispettare i principi forniti dall'art. 5 del GDPR, e in particolare richiama: a) la trasparenza; b) la limitazione delle finalità in base al cui principio: "un ulteriore trattamento dei dati personali" a fini di ricerca scientifica non è considerato incompatibile con le finalità iniziali (ivi, par.1, lett. b)) anche se il trattamento a fine di ricerca scientifica "è soggetto a garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato" (ivi, art. 89); c) la minimizzazione dei dati e limiti alla conservazione; d) l'integrità e riservatezza tramite la pseudonimizzazione, gli accordi di non divulgazione e la definizione dell'accesso. In rapporto ai trasferimenti internazionali di dati, le Linee guida ricordano la necessità di rispettare i principi contenuti nell'art. 5, nell'art.6 sulla liceità, e nell'art. 9 sulle categorie particolari di dati, ma anche l'intero capo V del GDPR sul trasferimento dei dati. Protezione dei dati personali nell'emergenza COVID-19. In argomento, v. il documento di analisi del Gruppo di lavoro ISS Bioetica COVID-19 (redatto da F. PIERGENTILI, A. GAMBINO, G. RESTA, C. PETRINI), 28 maggio 2020.

²⁹ Nella maggior parte dei casi, i set di dati condivisi tramite un fornitore di servizi di condivisione dei dati o un'organizzazione di altruismo dei dati conterranno anche dati personali. Secondo EDPB, GEPD, Joint Opinion 03/2021 la definizione dei dati non personali risulterebbe poco chiara nel DGA, mentre più chiaro al riguardo sarebbe il regolamento (UE) 2018/1807 sulla libera circolazione dei dati non personali: "Nel caso di una serie di dati composta sia da dati personali che da dati non personali, il presente regolamento si applica alla parte relativa ai dati non personali della serie di dati. Se i dati personali e non personali in un set di dati sono collegati inestricabilmente, il presente regolamento non pregiudica l'applicazione del regolamento (UE) 2016/679" (art. 2, par. 2).

³⁰ V. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council "Guideline on the Regulation framework for free flow of non personal data in the European Union", COM(2019)250, par. 2.1. In argomento, v. F. ROSSI DAL POZZO, L. ZOBOLI, *To protect or (not) to protect: definitional complexities concerning personal (and non-personal) data within the EU*, in *rivista.eurojus.it*, 2021, p. 315 ss. Per ulteriori riferimenti, v. T. STREINZ, *The Evolution of European Data Law*, forthcoming in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, III ed., Oxford, 2021, chapter 29; M. FINCK, F. PALLAS,

guardo, si possono distinguere categorie di dati non personali che hanno meno probabilità di essere qualificati come dati personali ma date le capacità analitiche in continuo sviluppo, è probabile che quasi tutti i tipi di dati possono essere elaborati insieme ad altri dati ed essere qualificati come dati personali. Infatti, i dati personali possono essere resi anonimi, diventando così dati non personali; al contrario, i dati non personali possono essere integrati con altri set di dati più complessi, consentendo così l'identificazione indiretta delle persone.

Pertanto, è fondamentale cercare di delimitare la categoria dei dati non personali in modo da comprendere meglio le sue interazioni con quella dei dati personali. Secondo la Commissione europea, dati non personali possono essere classificati in due modi diversi a seconda dell'origine: dati che sin dall'inizio non riguardano una persona fisica identificata o identificabile (come i dati meteorologici); dati che inizialmente erano personali e solo successivamente sono diventati anonimi attraverso un processo di anonimizzazione. Tuttavia, il potenziale di reidentificazione è aumentato a causa dei progressi tecnologici, rendendolo "ragionevolmente più probabile"³¹.

Com'è noto, il trattamento dei dati personali può avvenire unicamente sulla base di una delle condizioni di liceità del trattamento previste dal GDPR, fra cui il consenso dell'avente diritto quale espressione della autodeterminazione dell'individuo (art. 6)³². È noto che il riutilizzo sicuro dei dati a fini statistici, di ricerca e di innovazione richiede tecnologie di "rafforzamento della privacy"³³. Pertanto, in molti casi l'utilizzo dei dati perso-

They Who Must Not Be Identified – Distinguishing Personal from Non-Personal Data under the GDPR, in *International Data Privacy Law*, 2020, p. 11 ss.

³¹ V. considerando 26, GDPR. A tal proposito la Corte di giustizia si è pronunciata sugli indirizzi IP "dinamici" che vengono assegnati ad ogni connessione ad internet e sostituiti in caso di connessioni successive. Secondo la Corte la persona fisica non può essere ragionevolmente identificata poiché l'indirizzo IP dinamico non rivela direttamente l'identità della persona fisica che possiede il computer da cui è stato effettuato l'accesso a un sito internet o quella della persona che potrebbe utilizzare tale computer. A tal proposito la Corte di giustizia si è pronunciata sugli indirizzi IP "dinamici" che vengono assegnati ad ogni connessione ad internet e sostituiti in caso di connessioni successive. Secondo la Corte la persona fisica non può essere ragionevolmente identificata poiché l'indirizzo IP dinamico non rivela direttamente l'identità della persona fisica che possiede il computer da cui è stato effettuato l'accesso a un sito internet o quella della persona che potrebbe utilizzare tale computer, sentenza del 19 ottobre 2016, causa C-582/14, *Breyer*, punto 38 ss.

³² V. Article 29 Working Party, *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*, adopted on 28 November 2017, as last Revised and Adopted on 10 April 2018.

³³ Tra i quali, i più rilevanti sono: l'anonimizzazione, la pseudonimizzazione, la privacy differenziale, la generalizzazione o la soppressione e la casualizzazione, v. Working Party Art. 29, *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques*, 10 aprile 2014.

nali è possibile solo in un ambiente/contesto in cui un trattamento sicuro sia predisposto e controllato da autorità pubbliche³⁴.

Per quanto riguarda i dati non-personali, il regolamento (UE) 2018/1807³⁵ riconosce alcune peculiarità rispetto ai dati personali con la salvaguardia delle norme sull'organizzazione interna degli Stati membri. Molto rilevanti appaiono le norme che assegnano poteri e responsabilità ad autorità pubbliche e organismi di diritto pubblico in materia di trattamento dei dati di titolarità di soggetti privati. In materia di “apertura dei dati”, la direttiva (UE) 2019/1024 (direttiva *open data*)³⁶ ha successivamente fissato norme minime in materia di riutilizzo dei documenti.

Il DGA interviene ad integrare e completare la normativa in vigore per quanto riguarda i “dati oggetto di diritti di terzi” che sono nella disponibilità di enti pubblici. Si tratta dei dati protetti dalla normativa GDPR, dalla proprietà intellettuale oppure dal regime dei segreti commerciali o altre informazioni commerciali sensibili³⁷. Uno dei vantaggi di tale armonizzazione

³⁴ Il trattamento dei dati personali in modo sicuro è già stato sperimentato a livello dell'Unione ai fini della ricerca su micro-dati statistici, sulla base del regolamento (UE) n. 557/2013 della Commissione, del 17 giugno 2013, che applica il regolamento (CE) n. 223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle statistiche europee per quanto riguarda l'accesso ai dati riservati destinati a fini scientifici e che abroga il regolamento (CE) n. 831/2002 della Commissione.

³⁵ Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea. Il regolamento sancisce il medesimo principio di libera circolazione all'interno dell'Unione del regolamento GDPR per i dati non personali, tranne nei casi in cui una limitazione o un divieto sono giustificati per motivi di sicurezza pubblica. Il regolamento (UE) 2018/1807 non impone l'obbligo di archiviare separatamente le diverse tipologie di dati.

³⁶ Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. La direttiva procede alla rifusione della direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. Ai sensi della direttiva 2019/1024, si intendono per “ente pubblico” le autorità statali, regionali o locali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni formate da una o più di tali autorità oppure da uno o più di tali organismi di diritto pubblico e per “impresa pubblica” qualsiasi impresa su cui gli enti pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietari, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano l'impresa in questione. La direttiva definisce “formato aperto” un formato di file indipendente dalla piattaforma e messo a disposizione del pubblico senza restrizioni che impediscano il riutilizzo dei documenti.

³⁷ Direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti. Nel nostro ordinamento, v. il decreto legislativo dell'11 maggio 2018, n. 63 emanato in attuazione della direttiva (UE) 2016/943. Per approfondimenti, v. M. MAGGIOLINO, *EU Trade Secrets Law and*

riguarderà la possibilità di trattamento di dati provenienti da altri Stati membri grazie alla standardizzazione sulle preferenze dei clienti nazionali. Inoltre, i dati disponibili nel settore pubblico non hanno gli standard tecnici per la rilevazione nei “Big Data” o la definizione di algoritmi per l’apprendimento automatico (*machine learning*)³⁸.

Le questioni giuridiche sollevate dalla pandemia Covid-19 si collegano al tema in oggetto³⁹. Nella vicenda è apparsa evidente la necessità (o almeno l’opportunità) della condivisione di dati utili al contrasto delle pandemie e dei flagelli sanitari in situazioni di assoluta emergenza nell’ambito delle competenze dell’Unione in materia di sanità⁴⁰. Certamente, le opportunità e le potenzialità di un tale modello hanno portato ad un’accelerazione verso l’adozione di un nuovo modello giuridico di condivisione o “altruismo dei dati” relativi alla salute⁴¹. Infatti, un sistema di raccolta di dati su base volontaria con garanzia della crittografia può costituire un modello alternativo per risolvere gran parte delle difficoltà giuridiche sin qui incontrate, dalle applicazioni di tracciamento dei contatti (*app di contact tracing*) in vari Stati membri dell’Unione. Anche se tali meccanismi non sono stati sempre coronati da successo, gli utenti entrati in contatto con una persona contagiata possono ridurre la diffusione dell’infezione, fornendo informazioni sui propri contatti personali in un determinato arco di tempo⁴².

Algorithmic Transparency, in *AIDA*, 2018, p. 199 ss.

³⁸ COM(2020) 65 final, Libro bianco sull’intelligenza artificiale, Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia. Sulla creazione di basi di dati necessari per lo sviluppo dell’intelligenza artificiale, si veda il rapporto presentato al Parlamento francese sull’intelligenza artificiale, C. VILLANI, *For a meaningful artificial intelligence towards french and european strategy*, 2018, disponibile *online*.

³⁹ A. ZWITTER, O. J. GSTREIN, *Big data, privacy and COVID-19 – learning from humanitarian expertise in data protection*, in *Journal of International Humanitarian*, 2020, disponibile *online*.

⁴⁰ Sulla competenza dell’Unione in materia di sanità pubblica v. art. 168, TFUE par. 5, che prevede misure di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana, in particolare per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera, misure concernenti la sorveglianza, l’allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, e misure il cui obiettivo diretto sia la protezione della sanità pubblica in relazione al tabacco e all’abuso di alcol. Per approfondimenti, G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell’Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, 30 aprile 2020, p. 72 ss., spec. p. 81 ss. e bib., cit. alla nota 19.

⁴¹ Commissione europea, Support Study to this Impact Assessment, SMART 2019/0024, redatto da Deloitte.

⁴² V. comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle app a sostegno della lotta alla pandemia di Covid-19 relativamente alla protezione dei dati, 17 aprile 2020 (2020/C 124 I/01), EDPB, Statement on the processing of personal data in the context of the CO-

4. La proposta in commento intende incrementare la qualità e quantità del riutilizzo dei dati originati dal settore pubblico⁴³; nonché la condivisione dei dati di soggetti privati per finalità sociali⁴⁴. Il concetto di altruismo dei dati si riferisce a servizi di intermediazione a vantaggio della società in generale, come bene pubblico e non come interesse economico dei singoli⁴⁵.

Il modello normativo proposto si indirizza a vari soggetti: l'intermediario, il titolare dei diritti e il riutilizzatore. Le finalità di condivisione includono la ricerca e lo sviluppo, la salute pubblica, l'interesse pubblico, le informazioni sulle pubbliche amministrazioni, la società, l'economia o l'ambiente, la trasparenza o il miglioramento dell'accesso ai servizi pubblici. Al centro del sistema si collocano i "soggetti intermediari dei dati"⁴⁶ che garantiscano la tutela e l'esercizio dei diritti delle persone interessate. Proprio la neutralità del loro ruolo è la condizione essenziale per il corretto funzionamento del sistema⁴⁷. A tal fine, il DGA prevede la possibilità di

VID-19 outbreak, Adopted on 19 March 2020. Per approfondimenti, v. A. ZWITTER, O. J. GSTREIN, *Using Location Data to Control the Coronavirus Pandemic*, in *verfassungsblog.de*, 20 March 2020; G. DELLA MORTE, *La tempesta perfetta covid-19, deroghe alla protezione dei dati personali ed esigenze di sorveglianza di massa*, 30 marzo 2020; C. KUNER, *Data crossing borders: Data Sharing and Protection in Times of Coronavirus*, in *verfassungsblog.de*, 15 May 2020; C. FIORILLO, *La protezione dei dati personali nel diritto UE di fronte all'emergenza del COVID-19*, in AA.VV., *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 63 ss.; G. RUGANI, *Le condizioni ricavabili dal Regolamento generale sulla protezione dei dati per le applicazioni nazionali di tracciamento dei contatti: alcune considerazioni*, in *europenpapers.eu*, 2020, p. 633 ss.

⁴³ V. COM(2020) 767 final, cit., art. 2 par. 2, "riutilizzo": l'utilizzo di dati in possesso di enti pubblici da parte di persone fisiche o giuridiche a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale nell'ambito dei compiti di servizio pubblico per i quali i dati sono stati prodotti, fatta eccezione per lo scambio di dati tra enti pubblici esclusivamente in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico.

⁴⁴ *Ibidem*, art. 2. par. 7, "condivisione dei dati": la fornitura di dati da un titolare dei dati a un utente dei dati ai fini dell'utilizzo congiunto o individuale dei dati condivisi, sulla base di accordi volontari, direttamente o tramite un intermediario; v. C. ARNAUT ET AL, *Study on data sharing between companies in Europe*, 2018.

⁴⁵ R. KIRKPATRICK, *A New Type of Philanthropy: Donating Data*, in *Harvard Business Review*, 21 March 2013.

⁴⁶ Le aziende che vogliono fornire un servizio di *i*) intermediazione tra i titolari di dati e gli utenti (compresa la creazione di piattaforme o banche dati che consentano lo scambio o la fruizione congiunta degli stessi); *ii*) intermediazione tra gli interessati che vogliono rendere disponibili i propri dati personali e i potenziali utenti dovranno notificare tale intenzione all'autorità competente.

⁴⁷ Ciò significa che i fornitori di servizi di condivisione dei dati agiscono solo in qualità di intermediari nelle transazioni e che non utilizzano per nessun altro fine i dati ottenuti dai titolari e utenti.

creare “cooperative di dati” nonché organizzazioni non lucrative per contribuire a “rendere più democratica l’economia digitale”. La possibilità di costituire cooperative può consentire l’accesso a grandi quantità di dati da parte delle piccole e microimprese, dei lavoratori autonomi e liberi professionisti. La forma cooperativa faciliterà l’attività di intermediazione, promuovendo una *governance* partecipata e condivisa. Inoltre, la “mutualizzazione” di determinati dati potrebbe rappresentare una grande occasione per soggetti indipendenti dalle grandi piattaforme digitali.

5. Vale la pena di ricordare, che anche la direttiva 2019/1024 (*Open data*) si basa sulla medesima *ratio*: i dati pubblici o finanziati con fondi pubblici possono essere riutilizzabili, sia a fini commerciali, sia a fini non commerciali. Un maggiore accesso alle informazioni consentirebbe alle imprese e agli organismi di ricerca di promuovere attività scientifiche, dando una spinta all’innovazione nel Mercato unico.

In primo luogo, gli Stati membri devono promuovere la disponibilità dei risultati/dati della ricerca finanziata con fondi pubblici adottando politiche nazionali e azioni pertinenti (“politiche di accesso aperto”). Si tratta del principio denominato di “apertura per impostazione predefinita” che prevede la diffusione di dati reperibili, accessibili, interoperabili e riutilizzabili (FAIR)⁴⁸. A tal fine, i dati della ricerca potranno essere riutilizzati tramite una banca dati gestita a livello istituzionale o a livello tematico.

In secondo luogo, un mercato unico dei dati nel settore pubblico, delle imprese e degli individui (con approccio altruista) dovrebbe garantire che le informazioni possano essere accessibili e utilizzate nel modo più efficace e responsabile, pur lasciando ai soggetti interessati il controllo sui propri dati.

In terzo luogo, affinché i dati possano circolare liberamente in tutto il territorio europeo è necessario che vi sia un’armonizzazione legislativa, tale da istaurare un modello europeo di condivisione dei dati con elevati livelli di *privacy*, sicurezza e standard etici⁴⁹.

In definitiva, l’altruismo dei dati è basato sul consenso degli interessati⁵⁰, secondo le condizioni di liceità previste dal GDPR⁵¹. Le finalità possono essere sostenute dal consenso dell’avente diritto in determinati settori

⁴⁸ M. D. WILKINSON, *The FAIR Guiding Principles for scientific data management and stewardship*, in *Scientific Data*, 2016; (Editorial), *FAIR Principles: Interpretations and Implementation Considerations*, in *Data intelligence*, 2020, Special Issue.

⁴⁹ Esistono tecniche, quali l’anonimizzazione, la pseudonimizzazione, la *privacy* differenziale, la generalizzazione o la soppressione e la casualizzazione, che consentono l’analisi, nel rispetto della *privacy*, di banche dati.

⁵⁰ Art. 6, par.1, lett. a), e art. 9, par. 2, lett. a) GDPR.

⁵¹ Art. 7 GDPR.

laddove vi sia il rispetto delle norme deontologiche⁵². Un successivo trattamento a fini di ricerca scientifica, storica o statistica non è considerato incompatibile con le finalità iniziali⁵³. Tuttavia, considerato che non è possibile individuare pienamente, sin dall’inizio, la finalità del trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica dovrebbe essere consentito agli interessati di prestare il proprio consenso, eventualmente limitandolo a determinati settori di ricerca o parti di progetti di ricerca⁵⁴.

Il consenso deve essere “specifico e informato”, in particolare, lo scopo del riutilizzo deve essere descritto in un modo che sia possibile comprendere, con un livello sufficiente di dettaglio, per quali finalità saranno utilizzati i dati e le potenziali implicazioni. Una descrizione generica, quale ad esempio rendere i dati disponibili “per il bene pubblico” o “per la ricerca scientifica” sarebbe considerato troppo generico per soddisfare il requisito della specificità del consenso.

6. Il riutilizzo dei dati non rientra nell’ambito di applicazione della direttiva (UE) 2019/1024 (*open data*)⁵⁵. Secondo il Capo II del DGA, la fornitura dei dati rientra nei compiti di servizio pubblico⁵⁶ degli enti pubblici coinvolti, quali definiti dal diritto o da altre norme vincolanti negli Stati membri. La disciplina proposta si applicherà ai dati in possesso di enti pubblici ma protetti per motivi di riservatezza commerciale, riservatezza statistica, diritti di proprietà intellettuale di terzi nonché nell’ambito di applicazione del GDPR⁵⁷.

⁵² Art. 5, par. 1, lett. b) GDPR.

⁵³ Art. 89, par. 1, GDPR.

⁵⁴ Considerando 33, GDPR.

⁵⁵ Le categorie di dati detenuti da enti pubblici, che dovrebbero essere soggetti al riutilizzo non rientrano nell’ambito di applicazione della direttiva (UE) 2019/1024, esclude i dati che non sono accessibili per motivi di riservatezza commerciale o statistica e i dati su cui terzi detengono diritti di proprietà intellettuale.

⁵⁶ I compiti di servizio pubblico potrebbero essere definiti in linea generale o caso per caso per i singoli enti pubblici. Poiché le imprese pubbliche non rientrano nella definizione di ente pubblico, i dati da esse detenuti non dovrebbero essere disciplinati dal regolamento in commento.

⁵⁷ L’EDPB e il GEPD hanno sottolineato che le norme della direttiva sui dati aperti insieme a quelle del GDPR prevedono già meccanismi che consentono la condivisione dei dati personali detenuti dagli enti del settore pubblico in modo coerente con i requisiti che disciplinano la protezione dei diritti fondamentali delle persone. Pertanto, l’EDPB e il GEPD raccomandano di allineare il capo II della proposta con le norme esistenti sulla protezione dei dati personali stabilite nel GDPR e con la direttiva sui dati aperti, in modo da garantire che il livello di protezione dei dati personali nell’UE non sia compromessa ed evitando di generare incertezza giuridica per individui, enti del settore pubblico e riutilizzatori, v. Joint Opinion 3/2021, cit., p. 15.

Con riferimento al riutilizzo dei dati personali, l'EDPB e il GEPD raccomandano di modificare la proposta in modo da chiarire che il riutilizzo dei dati personali detenuti da enti del settore pubblico può avvenire solo se fondato sul diritto dell'Unione o dello Stato membro che stabilisca un elenco di finalità compatibili per le quali l'ulteriore trattamento può essere legittimamente autorizzato o costituisce misura necessaria e proporzionata in una società democratica a salvaguardia delle finalità di cui all'art. 23 del GDPR⁵⁸. In particolare, i dati personali incrementano la varietà e il valore dei dati pubblici ma, al contempo, sono stati forniti dagli interessati per uno scopo specifico diverso da quello del possibile riuso⁵⁹.

Gli Stati membri dovranno designare uno o più organismi competenti, anche eventualmente settoriali, capaci di prestare assistenza nell'applicazione di tecniche che garantiscano il trattamento dei dati a tutela della *privacy*⁶⁰.

La trasmissione a terzi dei dati protetti da diritti di proprietà intellettuale, come pure i segreti commerciali, è legittima solo se in conformità con il diritto dell'Unione o del diritto nazionale o con il consenso del titolare dei diritti. Rientrano nei diritti di proprietà intellettuale: i dati commerciali sensibili di natura non personale⁶¹, in particolare i segreti commerciali, nonché i dati non personali⁶². Un accesso illecito di tali può costituire una violazione della proprietà intellettuale o una fattispecie di spionaggio industriale. Infine, i dati non personali potranno essere trasferiti solo in Paesi terzi in cui sono previste garanzie adeguate al loro utilizzo⁶³.

La modalità di condivisione dei dati sarà determinata nella responsabilità degli enti pubblici tramite infrastrutture *ad hoc*. È prevista l'impo-

⁵⁸ L'art. 23, GDPR prevede una serie di limitazioni possibili nell'applicazione del Regolamento stesso che devono essere previste dal diritto dell'unione o degli Stati membri.

⁵⁹ Sul riutilizzo dei dati nel contesto degli *open data*, v. L. ZOBOLI, *Il bilanciamento tra apertura dei dati pubblici e protezione dei dati personali alla luce della Direttiva 2019/1024, 2020*, disponibile su SSRN.

⁶⁰ In particolare, le tecniche di pseudonimizzazione, anonimizzazione, generalizzazione, soppressione e randomizzazione dei dati personali

⁶¹ Il considerando 19 della proposta fornisce alcuni esempi di dati non personali "altamente sensibili": "nel settore della salute, alcuni set di dati detenuti da attori del sistema sanitario pubblico, come gli ospedali pubblici" "identificati come dati sanitari altamente sensibili", "ad esempio nel contesto della sanità europea Data Space o altra normativa settoriale". Sul punto l'EDPB e il GEPD hanno invitato la commissione ad adottare atti delegati che stabiliscono condizioni speciali applicabili al trasferimento di tali dati a Paesi terzi.

⁶² Si intende i dati diversi dai dati personali di cui all'articolo 4, punto 1, del regolamento (UE) 2016/679.

⁶³ A tal fine la Commissione può adottare atti di esecuzione che dichiarino che un paese terzo fornisce un livello di protezione che è sostanzialmente equivalente a quelli previsti dal diritto dell'Unione o nazionale.

sizione di tariffe di entità commerciale, simboliche o ancora la totale gratuità⁶⁴. La determinazione delle tariffe dovrebbe essere ragionevole, non discriminatoria, trasparente e resa pubblica sul sito dell'ente stesso. A tal proposito è stato sottolineato che la proposta inverte il principio generale stabilito dalla direttiva sui dati aperti del riutilizzo "gratuito". Pertanto, l'interazione con la direttiva sui dati aperti non è quindi chiara⁶⁵.

Per quanto riguarda le regole applicabili ai fornitori di servizi di condivisione dei dati⁶⁶ (intermediari) tra soggetti privati (Capo III del DGA) si prevede l'obbligo di neutralità nello svolgimento della funzione di collegamento fra i titolari⁶⁷ e gli utenti dei dati⁶⁸. Nel parere 3/2021, l'EDPB e il GEPD formulano una critica all'impianto centrale della proposta che definisce il concetto di condivisione dei dati attraverso le "piattaforme di intermediari", come una sorta di mercato dei dati aperto che sarebbe contrario ai principi di *privacy by design* e per impostazione predefinita, trasparenza e limitazione delle finalità.

Gli intermediari non sono legittimati ad utilizzare i dati per proprio conto e sono tenuti a separare l'attività svolta nel ruolo di intermediario da tutte le altre attività. Inoltre, la loro attività deve essere trasparente, garantire la sicurezza dei dati e non discriminatori nella fornitura dei servizi, ad esclusione di qualsiasi pratica fraudolenta, abusiva o illegale. Infine, dovranno notificare l'inizio delle attività di condivisione dei dati alle autorità competenti designate dagli Stati membri, che saranno responsabili del controllo del rispetto degli obblighi.

7. Le entità giuridiche che sono disponibili a mettere a disposizione quantità considerevoli di dati dovranno registrarsi in tale qualità in appositi albi (Capo IV della proposta)⁶⁹.

⁶⁴ Le tariffe dovranno essere non discriminatorie, proporzionate e non limitative della concorrenza.

⁶⁵ Joint Opinion 03/2021, cit., p.16.

⁶⁶ L. ZOBOLI, *Fueling the European Digital Economy: A Regulatory Assessment of B2B Data Sharing*, in *European Business Law Review*, 2020, p. 663 ss.

⁶⁷ Si intende una persona giuridica o una persona interessata che, in conformità con il diritto dell'Unione o nazionale applicabile, ha il diritto di concedere l'accesso o di condividere determinati dati personali o non personali sotto il suo controllo.

⁶⁸ Si intende la persona fisica o giuridica che ha accesso legale a determinati dati personali o non personali ed è autorizzata a utilizzare tali dati per scopi commerciali o non commerciali.

⁶⁹ Il considerando 36 della proposta indica che le entità giuridiche che rispettino i requisiti di cui sotto e che intendono sostenere finalità di interesse generale possono registrarsi in qualità di "Organizzazioni per l'altruismo dei dati riconosciute nell'Unione" al fine di accrescere la fiducia nelle loro attività.

Quanto alle caratteristiche dei soggetti intermediari, il DGA prevede che: *i*) perseguano obiettivi di interesse generale⁷⁰; *ii*) svolgano direttamente o indirettamente alcuna attività con scopo di lucro; *iii*) renano giuridicamente autonoma la struttura dedicata alle attività a finalità altruistiche⁷¹. I medesimi intermediari dovranno peraltro rispettare una serie di obblighi quali: *i*) una posizione di neutralità; *ii*) una specifica procedura di accesso basata sui criteri di equità, trasparenza e non discriminazione; *iii*) il divieto di utilizzo dei dati per finalità e scopi diversi; *iv*) la prevenzione di attività abusive e/o fraudolente; *v*) un elevato livello di sicurezza in tutte le fasi di archiviazione e trasmissione dei dati.

In particolare, nel contesto dell'utilizzo dei dati per fini statistici e di ricerca scientifica, il GDA disciplina le caratteristiche e la procedura per la concessione e la revoca del consenso, tramite un "modulo europeo comune di consenso all'altruismo dei dati"⁷² (ivi compresa la possibilità di revoca)⁷³. Il titolare dei dati ha il diritto di concedere, conformemente al diritto dell'Unione o di uno Stato membro, l'accesso ai dati personali o non personali sotto il proprio controllo. Per la condivisione dei dati, gli intermediari avranno il compito di facilitare e coordinare le procedure di raccolta, aggregazione e condivisione, in una posizione totalmente indipendente ("terza") dagli utenti o dai detentori dei dati.

I fornitori di servizi di condivisione dei dati dovranno avere una sede di stabilimento principale nell'Unione o in alternativa, designare un loro rappresentante nell'Unione⁷⁴. Infine, il riutilizzatore di dati sarà un ente di ri-

⁷⁰ In particolare, l'EDPB e GEPD ritengono che la Commissione dovrebbe definire meglio le finalità di interesse generale di tale "altruismo dei dati", Joint Opinion 2/2021, cit., p.40.

⁷¹ Si tratta ad esempio di associazioni di pazienti e programmi di assicurazione sanitaria che raccolgono dati di pazienti o organizzazioni di ricerca che raccolgono dati personali per scopi di ricerca e studio.

⁷² Tale modulo dovrebbe contribuire a garantire agli interessati una maggiore trasparenza in merito all'accesso ai loro dati e all'utilizzo degli stessi in conformità al consenso da loro espresso. Esso potrebbe altresì essere utilizzato per ottimizzare le attività di altruismo dei dati delle imprese e fornire un meccanismo che consenta a queste ultime di revocare la loro autorizzazione all'utilizzo dei dati.

⁷³ L'EDPB e il GEPD ritengono che il DGA dovrebbe specificare che il consenso di cui parla è coerente con l'art. 4, par. 11, del GDPR. Inoltre, l'organizzazione per l'altruismo dei dati deve avere come missione quella di rendere più semplice la revoca del consenso, Joint Opinion cit., p. 39.

⁷⁴ Si intende qualsiasi persona fisica o giuridica stabilita nell'Unione esplicitamente designata ad agire per conto di un fornitore di servizi di condivisione dei dati non stabilito nell'Unione o di un'entità non stabilita nell'Unione che raccoglie dati per obiettivi di interesse generale messi a disposizione da persone fisiche o giuridiche sulla base dell'altruismo dei dati, che può essere interpellata da un'autorità nazionale competente al posto del forn-

cerca del settore pubblico o un'organizzazione senza scopo di lucro. Per il controllo di tali attività dovranno essere predisposte delle specifiche autorità, incaricate, tra l'altro, di mantenere un apposito registro a livello di ogni Stato membro.

8. Le autorità competenti incaricate del monitoraggio e dell'attuazione del quadro di notifica per i fornitori di servizi di condivisione dei dati e per gli enti che praticano l'altruismo dei dati sono nominate dagli Stati membri (Capo V della proposta).

Le autorità avranno il potere di monitorare il rispetto del regolamento stesso, di imporre sanzioni finanziarie "dissuasive" e di "richiedere la cessazione o il rinvio" della fornitura del servizio. I titolari dei diritti in questione possono presentare un reclamo all'autorità nazionale competente nei confronti di un fornitore di servizi di condivisione dei dati o di un'entità iscritta nel registro in parola. Peraltro, gli intermediari saranno sottoposti a un obbligo di notifica per accrescere la fiducia consentendo un monitoraggio sui requisiti per l'esercizio delle funzioni condotto dalle autorità nazionali competenti. Relativamente alla sicurezza, la proposta indica di implementare tutte le misure, inclusa la cifratura, per impedire l'accesso ai sistemi in cui sono conservati i dati.

Inoltre, nell'architettura istituzionale è prevista l'istituzione di un "Comitato europeo per l'innovazione in materia di dati", vale a dire un gruppo di esperti costituito da rappresentanti degli Stati membri, della Commissione europea nonché di settori specifici (quali sanità, agricoltura, trasporti, statistica, ecc. ...) e un componente indicato dal Comitato europeo per la protezione dei dati (*European Data Protection Board o EDPB*)⁷⁵ in modo da garantire il rispetto del diritto alla protezione dei dati personali. Secondo il parere congiunto 3/2021 le autorità di controllo della protezione dei dati di ciascuno Stato membro dovrebbero essere le uniche com-

tore di servizi di condivisione di dati o dell'entità in relazione agli obblighi di tale fornitore di servizi di condivisione dei dati o di tale entità stabiliti dal regolamento. La designazione di un rappresentante è necessaria poiché tali fornitori gestiscono sia dati personali sia dati commerciali riservati e ciò necessita il controllo del rispetto delle condizioni stabilite nel regolamento.

⁷⁵ L'EDPB è un organismo europeo indipendente e dotato di personalità giuridica che contribuisce all'applicazione coerente delle norme sulla protezione dei dati in tutta l'Unione europea e promuove la cooperazione tra le autorità di controllo. Il Comitato è composto dalle figure di vertice delle autorità di controllo e dal Garante europeo della protezione dei dati (GEPD) o dai rispettivi rappresentanti. Anziché dare seguito a richieste specifiche di singoli, l'EDPB emana orientamenti generali.

petenti per il controllo del trattamento dei dati personali, grazie al conferimento di risorse adeguate⁷⁶.

Il Comitato dovrà agevolare lo sviluppo di migliori prassi da parte delle autorità degli Stati membri. Inoltre, fornirà sostegno e consulenza alla Commissione europea nel coordinare le pratiche e le politiche nazionali sui temi contemplati dal regolamento e nel sostenere l'utilizzo intersettoriale dei dati. Infine, il Comitato dovrebbe assistere la Commissione europea nell'elaborazione del modulo europeo di consenso all'altruismo dei dati, previa consultazione dell'EDPB.

9. La presidente della Commissione Ursula von der Leyen ha affermato che “le tecnologie digitali dovrebbero arricchire la vita di tutti noi e rispettare i valori europei”⁷⁷ ricordando che l'obiettivo delle iniziative del pacchetto sui servizi e le piattaforme digitali (DSA, DMA, DGA) è quello di estendere il modello europeo ad altri Paesi⁷⁸ invitando gli Stati Uniti a unirsi alle iniziative dell'Unione per creare un *framework* universale sull'economia digitale. Un quadro comune sulla protezione dei dati e la sicurezza delle infrastrutture sulla base di valori condivisi: diritti umani, pluralismo, inclusione e tutela della *privacy*. Il nuovo modello ha buone probabilità di essere ripreso a livello universale, conferendo all'Unione europea un ruolo di *standard setting* a livello internazionale in questo settore.

L'armonizzazione del quadro normativo relativo alla condivisione e commercializzazione dei dati, nel porre precisi standard e regole di sicurezza e controllo, potrà offrire un modello di gestione complementare a quello delle piattaforme *online*⁷⁹.

La ricerca di un equilibrio fra libera circolazione e protezione dei dati⁸⁰ non è semplice da trovare nel settore digitale per gli operatori e il regolatore. Al riguardo, la proposta deve tenere conto oltre che dei principi del

⁷⁶ Joint Opinion 3/2021, cit., p. 47.

⁷⁷ COM(2020) 67 final, 19 febbraio 2020.

⁷⁸ Discorso tenuto in occasione della Davos Agenda Week, lo scorso 26 gennaio 2021.

⁷⁹ Sul panorama economico del fenomeno dei giganti tecnologici, v. il documento della Commissione europea, SWD(2020) 363 final, PART 1/2, 15 dicembre 2020 in cui si afferma che cinque delle dieci società più grandi del mondo per capitalizzazione di mercato sono conglomerati digitali; le prime sette piattaforme di grandi dimensioni rappresentano il 69% della valutazione totale di 6 trilioni di euro dell'economia delle piattaforme, come risultato dell'integrazione verticale e orizzontale. Per ulteriori dati economici, v. anche Mediobanca (Area Studi), *La resilienza dei giganti del websoft alla pandemia. Software & web companies* (2015-2020), Milano, 14 ottobre 2020 (disponibile *online*).

⁸⁰ M. FORTI, *Le piattaforme online alla prova del Regolamento (UE) 2016/679. Quali tutele per la condivisione dei dati nell'economia collaborativa*, in *MediaLaws*, 2019, disponibile *online*.

mercato e della concorrenza, della tutela dei diritti fondamentali onde evitare il rischio di invalidità di alcune norme di diritto derivato in relazione alla Carta dei diritti fondamentali⁸¹.

Tramite la iniziativa in commento, così come tramite le altre che compongono il pacchetto digitale, l’Unione propone non solo utili strumenti per la disciplina dei servizi e delle piattaforme digitali del contesto economico ma promuove principi e valori nello “spazio europeo dei dati”.

⁸¹ G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali*, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 1, 2018, p. 9 ss. Per un commento all’art. 8 della Carta, v. O. POLLICINO, M. BASSINI, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017, p. 132 ss.; H. KRANENBORG, in S. PEERS (ed.) *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014, p. 223 ss.

EQUITÀ E CONTENDIBILITÀ NEI MERCATI DIGITALI: LA PROPOSTA DI *DIGITAL MARKET ACT*

PIETRO MANZINI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I caratteri specifici delle grandi piattaforme digitali e rischi per la concorrenza. – 3. Il *gatekeeper* e i suoi obblighi. – 4. Gli obblighi *self-executing* previsti dall'art. 5 del DMA. – 5. Gli obblighi previsti dall'art. 6: i divieti di discriminazione. – 6. *Segue*. Altri obblighi previsti dall'art. 6: divieto di vendite aggregate, portabilità dei dati, e accesso equo ai dati. – 7. Conclusioni.

1. Non da oggi l'Unione europea sta cercando di garantire la concorrenzialità dei mercati digitali ormai dominati dai cc.dd. GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft). Sino ad ora lo ha fatto ricorrendo alla tradizionale strumentazione rappresentata dagli artt. 101 e 102 del TFUE. Per limitarsi solo alle iniziative del 2020, si può ricordare che la Commissione il 16 giugno ha aperto un'istruttoria contro Apple relativamente ai termini di utilizzo di alcune sue *app*¹; il 10 novembre dello stesso anno ha inviato una comunicazione di addebiti ad Amazon in relazione alle condotte commerciali tenute nella sua duplice veste di *marketplace* e di distributore²; il 17 dicembre ha autorizzato, ma solo a importanti condizioni, l'acquisizione di Fitbit da parte di Google³, nei confronti della quale peraltro aveva già adottato tra il 2017 e il 2019, tre decisioni sanzionatorie che le infliggevano ammende rispettivamente per un valore complessivo pari a 8,25 miliardi di euro⁴.

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Bologna *Alma Mater Studiorum*.

¹ Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules (Press release).

² Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices (Press release).

³ Mergers: Commission clears acquisition of Fitbit by Google, subject to conditions (Press release).

⁴ 27 June 2017, Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service (Press release) (la decisione è oggetto di impugnativa di fronte al Tribunale in causa n. T-612/17; 18 July 2018, Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine (Press release); 20 March 2019, Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abu-

Tuttavia, l'utilizzo degli articoli 101 e 102 rischia di portare a risultati non soddisfacenti per almeno due ragioni. Anzitutto, alla luce di alcune caratteristiche peculiari dei mercati digitali, il diritto antitrust classico richiede qualche aggiustamento concettuale. Per fare l'esempio più evidente, si pensi alla circostanza che spesso i servizi digitali sono offerti agli utenti finali senza corrispettivo monetario, bensì in cambio – di solito non consapevole – di dati e informazioni: scompare in tal caso il parametro secolare utilizzato per determinare il punto di equilibrio tra offerta e domanda. In secondo luogo, il diritto antitrust, incentrato su divieti sintetici e generali e un eventuale provvedimento sanzionatorio *ex post*, evidenzia una lenta ed incerta capacità di intervento, in considerazione della sistematicità ed ampiezza delle pratiche commerciali dei GAFAM, nonché della velocità con la quale esse evolvono e si trasformano: non si tratta, qui, di Achille che non riesce a raggiungere la tartaruga, ma proprio di una tartaruga che fa a gara con Achille.

Per cercare di colmare queste (e altre) lacune, l'Unione europea ha avviato formalmente una procedura legislativa diretta all'adozione di norme specificamente applicabili alle più grandi piattaforme digitali⁵. A tal fine la

sive practices in online advertising (Press release). Inoltre, nel 2020, all'azione dell'Unione si è affiancata quella di taluni Stati membri, in primis, Germania e Italia. Il 23 giugno la Corte suprema tedesca (Bundesgerichtshof) ha sostanzialmente avallato la tesi del Bundeskartellamt secondo la quale i termini di utilizzo dei dati degli utenti da parte di Facebook costituiva un abuso di posizione dominante. Il 20 ottobre l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato italiana ha avviato un'istruttoria nei confronti di Google per condotte abusive di tipo escludente.

⁵ La letteratura relativa all'applicazione delle norme antitrust alle piattaforme digitali è ormai molto ampia. Ci si limiterà pertanto a riportare i contributi ai quali si è fatto più utilmente riferimento: P. AKMAN, *Competition Law Assessment of Platform Most-Favored-Customer Clauses*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2016, p. 781 ss.; A. EZRACHI, M. STUKE, *Virtual competition*, Cambridge, 2016; M. E. STUKE, A. P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016; A. CANEPA, *I mercati dell'era digitale – Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020; G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Big data, data protection and antitrust in the wake of the bunderskartellamt case against Facebook*, in *Italian Antitrust Review*, 2017, p. 104 ss.; M. R. PATTERSON, *Antitrust law in the new economy*, Cambridge Mass. & London Eng., 2017; L. KHAN *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, vol. 126, 2017, p. 710 ss.; B. KLEIN, *The Apple e-books case: When is a Vertical Contract a Hub in a Hub-and-Spoke Conspiracy?*, *Journal of Competition Law & Economics*, 2017, p. 423 ss.; P. MANZINI, *Prime riflessioni sulla decisione Google Android*, in *rivista.eurojus.it*, 2018; P. MANZINI, *Le restrizioni verticali della concorrenza al tempo di internet*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 289 ss.; M. KATZ, J. SALLET, *Multisided Platforms and Antitrust Enforcement*, 2018, in *The Yale Law Journal*, vol. 127, p. 2142 ss.; L. KHAN, *The Separation Of Platforms and Commerce*, in *Columbia Law Review*, vol. 119, 2019, p. 973 ss.; N. PETTIT, *Are 'Fangs' Monopolies? A Theory Of Competition Under Uncertainty*, 2019, Working paper; M. INGLESE, *Regulating the Collaborative*

Commissione, il 15 dicembre 2020, ha presentato una proposta di regolamento relativo ai mercati equi e contendibili nel settore digitale, già nota con l'acronimo di DMA (Digital Market Act)⁶. Sul piano soggettivo, la disciplina del DMA è diretta nei confronti dei grandi fornitori di servizi di piattaforma denominati *gatekeepers*, ossia “controllori dell'accesso” ai mercati nel settore digitale (art. 3). Esso poi contempla due disposizioni (gli artt. 5 e 6) nelle quali è individuata una ampia serie di obblighi diretti a scongiurare pratiche “sleali o che limitano la contendibilità del mercato”. Peraltro, tali obblighi possono essere sospesi (art. 8), oggetto di esenzione per motivi di interesse pubblico (art. 9), ovvero aggiornati (art. 10). Infine, dal punto di vista procedurale e sanzionatorio, il DMA riflette gli schemi del regolamento n. 1/2003 concernente l'applicazione degli artt. 101 e 102. Come tale regolamento, esso contempla infatti ampi poteri di indagine e di accettazione di impegni della Commissione (artt. 18-25) e di comminazione di ammende il cui ammontare può raggiungere il 10% del fatturato totale del *gatekeeper* (art. 26).

Gli elementi più innovativi del DMA sono due: l'introduzione della figura giuridica del *gatekeeper* e l'elaborazione di specifici obblighi concorrenziali in capo ai soggetti che rientrano nella stessa. Mentre la finalità e il contenuto della nozione di *gatekeeper* sono relativamente chiari, non altrettanto può dirsi degli obblighi ad essi imposti. Infatti, gli artt. 5 e 6 contengono complessivamente ben diciotto tipi di prescrizioni estremamente eterogenei e tra loro assai dissimili. Tale approccio offusca il significato e il valore concorrenziale del DMA. L'obiettivo di questo contributo è allora quello di cercare di dipanare la matassa di questi obblighi e di ricondurli,

Economy in the European Union Digital Single Market, 2019; W. P. J. WILS, *The obligation for the competition authorities of the EU Member States to apply EU antitrust law and the Facebook decision of the Bundeskartellamt*, in *Concurrences*, n. 3, 2019; P. IBÁÑEZ COLOMO, *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, *World Competition*, 2020, p. 417 ss.; D.A. CRANE, *Ecosystem Competition*, OECD Note, 2020, [one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)67/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)67/en/pdf); A. DE STREEL, *Should digital antitrust be ordoliberal?*, in *Concurrences*, n. 1, 2020; A. FLETCHER, *Digital competition policy: Are ecosystems different?*, 2020, OECD Note, [one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)96/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)96/en/pdf); M. BALL, *Apple, Its Control Over the iPhone, The Internet, And The Metaverse*, 2021, matthewball.vc/all/applemetaverse.

⁶ Commissione europea, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), 15 dicembre 2020, COM(2020) 842 final. La proposta è accompagnata da una seconda proposta di regolamento on the Single market for digital services, definita 'Digital Services Act' (DSA). A ciò si deve aggiungere che nel 2020 è entrato in vigore il regolamento n. 2019/1150 diretto a promuovere equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione.

nei limiti del possibile, alle categorie generali del diritto *antitrust*. Ciò dovrebbe consentire una valutazione della portata della proposta normativa della Commissione, comprese la sua effettiva innovatività e la sua necessità. Il contributo è organizzato come segue: nel par. 2 sono analizzati i caratteri specifici delle piattaforme digitali e i rischi che queste presentano per la dinamica concorrenziale del mercato. Nel par. 3 viene esaminata la nuova nozione di *gatekeeper* che, nello specifico dei mercati digitali, si affianca e per certi versi si sovrappone a quella di impresa in posizione dominante. Nei par. 4 sono analizzati e classificati gli obblighi *self-executing* contemplati dall'art. 5 del DMA. Mentre gli obblighi suscettibili di ulteriori specificazioni previsti nell'art. 6 sono oggetto di analisi e di possibile catalogazione nei par. 5 e 6. Infine, il par. 7 si presentano le conclusioni del lavoro.

2. Le grandi piattaforme digitali, categoria a cui i GAFAM appartengono, sono connotate da tre caratteri specifici⁷.

In primo luogo, dal punto di vista della struttura imprenditoriale, esse hanno sono contraddistinte da costi fissi molto significativi - si pensi ad esempio ai costi dei motori di ricerca o di sviluppo di un sistema operativo o quelli connessi alla attività di R&S informatico - e da costi marginali e variabili invece prossimi allo zero, in quanto l'incremento di offerta di un particolare servizio non comporta effettivi aumenti di costi di produzione: ad esempio le *app*, una volta ideate, possono essere replicate e scaricate all'infinito praticamente senza costi. Inoltre, le grandi piattaforme digitali spesso beneficiano di economie di scala e di scopo. Queste ultime, in particolare, sono importanti, poiché con la medesima strumentazione informatica e produttiva le piattaforme sono in grado di operare in molti mercati diversi: produrre un servizio di ricerca per acquisti non ha significativi costi aggiuntivi rispetto a quelli comportati dal servizio di ricerca di tipo generale.

In secondo luogo, i servizi prestati attraverso le piattaforme digitali sono caratterizzati da un rilevantissimo effetto di rete (*network effect*), vale a dire che il numero di utenti che utilizza un servizio favorisce, di per sé, l'incremento degli stessi: ad esempio, se Amazon rappresenta il *marketplace* con il più grande numero di imprese venditrici, questa sola circostanza

⁷ In tema le analisi sono ormai numerose. Si vedano indicativamente: J. CRÉMER, Y.-A. de MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, Final Report, Luxembourg - Publications Office of the European Union, 2019; AGCM, AGCOM, *Garante protezione dati personali, Indagine conoscitiva sui Big Data*, Roma, 2019; J. FURMAN e a., *Unlocking Digital Competition - Report of the Digital Competition Expert Panel*, London, 2019; F. FUKUYAMA, B. RICHMAN, A. GOEL, R. R. KATZ, A. DOUGLAS MELAMED, M. SCHAAKE, *Report of The Working Group On Platform Scale* - Stanford University - 2020.

implica che un sempre maggior numero di consumatori sarà indotto ad utilizzare Amazon per i suoi acquisti *on-line*; questo a sua volta spingerà altre imprese ad aggiungersi al *marketplace* di Amazon con il risultato di attirare un ancor più alto numero di potenziali acquirenti, e così via. Tale *network effect* è dovuto al fatto che, normalmente, le piattaforme digitali operano su un mercato caratterizzato da due o più versanti (*multi-sided market*), ossia da almeno due diverse categorie di utenti le quali sono, al tempo stesso, i fruitori di un servizio offerto in un versante e, per così dire, il “prodotto” venduto agli utenti dell’altro versante. Nell’esempio precedente, su un versante del *marketplace*, i consumatori possono effettuare le loro ricerche di acquisto *on-line*, e sull’altro versante queste ricerche sono “vendute” alle imprese che le utilizzano per offrire i loro prodotti ai consumatori in maniera mirata. Correlativamente le imprese, da un lato, sono presenti nel *marketplace* perché in tal modo possono intercettare un numero molto alto di potenziali acquirenti e dall’altro è proprio la loro presenza che attira questi ultimi. Vale peraltro la pena sottolineare che il *network effect* non si produce necessariamente a causa dell’interazione tra due o più versanti del mercato, né richiede necessariamente che tutte le categorie di utenti operino sulla piattaforma con un intento commerciale. Ad esempio, gli utenti di Facebook utilizzano la piattaforma principalmente per mantenere e sviluppare i loro contatti sociali ed è il numero di connessioni sul versante *social* che crea l’effetto rete; tuttavia, quest’ultimo si riverbera anche sul versante *business* della piattaforma: maggiori sono le informazioni ottenute dal primo, più alto sarà l’interesse degli utenti commerciali ad essere presenti nel secondo.

Infine, la terza specifica caratteristica delle piattaforme digitali è rappresentata dal ruolo cruciale dei dati, che costituiscono gli *assets* fondamentali di tali imprese, in quanto sono il “nutrimento” quantitativo e qualitativo dei loro software di funzionamento. Tanto più alto è il numero e la varietà dei dati, quanto più rapidamente e precisamente gli algoritmi elaborano e producono i servizi per gli utenti. Per tornare agli esempi sopra presentati, è dalle ricerche effettuate *on-line* dagli utenti di un versante del *marketplace*, che Amazon è in grado di ottenere i dati che vende alle imprese sull’altro versante. Ed è dalle informazioni che gli utenti convogliano sul versante *social* di Facebook che quest’ultima è in grado di individuare i possibili acquirenti a beneficio del versante *business*⁸.

⁸ Una classificazione euristica delle metodologie di raccolta dati contempla tre casi: a) i dati possono essere “comunicati” direttamente dagli utenti, come nel caso di commenti sui *social*, video postati, “like” o simili, compilazione di ranking relativi a preferenze in materia di film, serie TV, canzoni, ecc; b) i dati possono essere “osservati”, ossia ricavati dalla attività *on-line* degli utenti, ad esempio dal tipo di ricerche effettuate in internet, dagli sposta-

Le suddette caratteristiche salienti delle piattaforme digitali sono suscettibili di rendere le loro attività particolarmente sensibili dal punto di vista antitrust. In senso concorrenziale, le grandi piattaforme digitali appaiono spesso in grado di espandere rapidamente le loro attività su diversi mercati, offrendo servizi e beni in maniera efficiente ed innovativa. In senso anticoncorrenziale, tuttavia, una volta assestatesi quali *incumbent*, tali piattaforme digitali, da un lato, possono imporre condizioni di utilizzo onerose o discriminatorie ai loro utenti finali e/o commerciali per i quali esse rappresentano imprescindibili “portali” (*gateways*) di intermediazione tra diversi versanti del mercato, e dall’altro, beneficiano di importanti barriere protettive che rendono la loro posizione difficilmente contendibile anche da parte di imprese altrettanto o maggiormente efficienti.

La particolare forza competitiva delle piattaforme digitali deriva principalmente dalle economie di scopo. Come ricordato, queste consentono di produrre beni o servizi diversi con l’utilizzo dei medesimi fattori produttivi (nello specifico, anzitutto i dati e la strumentazione algoritmica per la loro elaborazione), con conseguenti notevolissimi risparmi di costi rispetto a concorrenti non altrettanto digitalizzati. Il caso di Amazon è, al riguardo, esemplare. Tale piattaforma ha iniziato la propria attività commerciale intermediandosi *on-line* nella vendita dei libri. Mediante la strumentazione tecnologica e logistica utilizzata per il suddetto mercato, essa ha rapidamente esteso la propria azione alla vendita e alla distribuzione di un’amplessima gamma di prodotti. A sua volta, la vendita di enormi volumi di beni le ha consentito l’ingresso nel mercato del trasporto e della consegna degli stessi. Collegando il servizio di consegna rapida, il c.d. Amazon Prime, ad un servizio di *streaming*, Amazon è successivamente entrata anche nel mercato dei film e delle serie TV *on-line*, e da quest’ultimo è altresì passata in quello della diffusione *on-line* della musica (mediante Amazon Prime Music). Come accennato, questa *vis expansiva* delle piattaforme digitali, sebbene possa destare delle preoccupazioni per i rischi di esclusione dei concorrenti (meno efficienti), costituisce un elemento fortemente positivo nella prospettiva antitrust in quanto spesso si esprime nell’offerta di servizi innovativi e meno costosi rispetto a quelli prestati in maniera tradizionale.

Venendo invece ai rischi concorrenziali posti dalle piattaforme digitali,

menti geografici degli individui testimoniabili dal posizionamento dei cellulari, o dalle informazioni sportive e sanitarie trasmesse tramite strumentazione IOT; infine, c) certi dati possono essere “dedotti” attraverso una più sofisticata elaborazione di quelli “comunicati” o “osservati”: dal trattamento automatizzato di questi ultimi, ad esempio, si può inferire la capacità o le preferenze di spesa degli utenti, ovvero il loro orientamento politico e/o religioso ovvero ancora quello sessuale e così via.

questi derivano anzitutto dalla circostanza che tali piattaforme, quali *gateways* tra i diversi versanti del mercato, beneficiano di un forte squilibrio in termini di diritti e di obblighi nei confronti dei loro utenti finali e commerciali⁹. Ciò permette loro eventuali condotte abusive, come l'imposizione di condizioni di utilizzo onerose e/o discriminatorie. In secondo luogo, i rischi concorrenziali posti dalle piattaforme digitali sono rappresentati dalle difficili contendibilità della loro posizione una volta che esse si siano affermate come *incumbent* nel mercato e ciò anche se i concorrenti sarebbero in grado di offrire beni o servizi di pari o addirittura maggiore efficienza rispetto a quelli da essa venduti.

La ridotta contendibilità discende fondamentalmente da due ordini di ragioni. Per primo, il *network effect*, che rappresenta una formidabile barriera all'ingresso per potenziali concorrenti. Dato che un servizio diventa tanto più attraente su un versante del mercato quanto maggiore è il numero degli utenti sull'altro versante, un'impresa rivale della piattaforma deve, non solo offrire un servizio di miglior qualità e/o minor costo, ma altresì convincere un numero molto alto di utenti ad abbandonare in massa il servizio della piattaforma *incumbent* per passare al proprio (*incumbency advantage*). Se (o fintanto che) tale migrazione non avviene, il suo servizio risulterà comunque meno attraente per i consumatori¹⁰. Il punto è cruciale nel quadro di una valutazione antitrust. Laddove sussista un *network effect*, per un verso, non si può presumere che se un servizio non è scelto dagli utenti lo si deve alla sua scarsa appetibilità, e per l'altro non appare necessariamente vero che la dimensione di un'impresa derivi dalla sua efficienza, ben potendo essere il caso che quell'impresa sia dominante semplicemente perché è entrata per prima nel mercato. La seconda ragione per la quale la posizione di una piattaforma *incumbent* è difficilmente contendibile è rappresentata dalla difficoltà dei concorrenti ad accedere ai dati degli utilizzatori, dati che, come osservato, rappresentano l'*asset* cruciale per la fornitura dei servizi digitali. Nella raccolta dati giocano di nuovo a favore della piattaforma *incumbent* il *network effect* e le economie di scopo. Il primo, provocando un incremento esponenziale del numero degli utenti, induce necessariamente un aumento qualitativo e quantitativo del flusso dei dati;

⁹ È fin troppo ovvio che, oggi, praticamente nessuna impresa può operare efficacemente senza l'utilizzo di Google, Amazon, e/o Facebook ovvero senza essere raggiungibile mediante la strumentazione informatica compatibile con quella dei sistemi operativi di Apple (IOS) e/o Google (Android).

¹⁰ J. CRÉMER e a., *Competition Policy*, cit., descrivono questo effetto di rete come il classico problema uovo/gallina: per attrarre utenti sul versante A, una piattaforma deve attrarre utenti sul versante B, ma per attrarre utenti sul versante B deve attrarre utenti sul versante A (p. 36). Visto dall'angolazione dell'impresa sfidante sembra però piuttosto una versione del comma 22.

le seconde perché l'aumento del numero e della varietà di servizi offerti dalla piattaforma incrementa necessariamente le fonti e i tipi di dati collezionabili. Per contro, i concorrenti, nel momento in cui cercano di accedere al mercato, hanno normalmente disposizione pochi dati e di scarsa qualità.

3. Si è accennato nell'Introduzione, che il DMA individua come oggetto degli obblighi da esso previsti una nuova figura, denominata *gatekeeper*, vale a dire "controllore dell'accesso" ai servizi di base della piattaforma (art. 1). Le ragioni dell'introduzione di tale figura, che si affianca e in parte si sovrappone a quella dell'impresa in posizione dominante, sono evidenti. Per i motivi indicati nel precedente paragrafo, un numero ridotto di grandi fornitori di servizi digitali è dotato di notevole potere economico. L'applicazione delle norme antitrust classiche (in particolare l'art. 102 TFUE), che comunque rimane possibile, rischia di non essere proficuo per la tutela della concorrenzialità dei mercati interessati. Anzitutto esso è solo eventuale ed *ex-post*, e non è in grado, pertanto, di scongiurare il perdurare, anche per lungo tempo, di condotte nocive per l'interesse dei consumatori e dei concorrenti. In secondo luogo, nel caso di condotte unilaterali, l'applicazione delle norme antitrust implica in successione, la definizione dei mercati rilevanti – operazione che nel mondo digitale presenta spesso complessità ancora maggiori che in quello fisico – nonché l'accertamento di una posizione dominante nel mercato individuato – posizione che, nel caso dei fornitori dei servizi digitali, può non sussistere in termini tradizionali.

Per cercare di risolvere queste difficoltà, il DMA individua i *gatekeepers* sulla base di parametri completamente diversi da quelli utilizzati dall'art. 102 per stabilire il dominio su un mercato: il primo è relativo al tipo di servizi offerti dalla piattaforma (parametro qualitativo), il secondo riguarda gli elementi dimensionali della stessa (parametro quantitativo).

Per quanto attiene ai servizi offerti, l'art. 2 del DMA, dispone che un *gatekeeper* è un fornitore di almeno un "servizio di piattaforma di base", vale a dire uno dei seguenti: a) servizi di intermediazione *online*; b) motori di ricerca *online*; c) servizi di *social network online*; d) servizi di piattaforma per la condivisione di video; e) servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero; f) sistemi operativi; g) servizi di *cloud computing*; h) servizi pubblicitari, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un fornitore di uno dei servizi di piattaforma di base elencati alle lettere da a) a g).

Per quanto riguarda invece il profilo dimensionale, l'art. 3 del DMA

prevede che, oltre a prestare “servizi di piattaforma di base”, il fornitore è designato come *gatekeeper* se soddisfa tre condizioni cumulative: 1) ha un impatto significativo sul mercato interno; 2) gestisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; 3) detiene una posizione consolidata e duratura nell’ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro. Sono inoltre definite talune presunzioni relative al soddisfacimento di tali tre condizioni. La prima si presume soddisfatta se l’impresa cui appartiene il fornitore dei servizi di piattaforma di base raggiunge un fatturato annuo nel SEE pari o superiore a 6,5 miliardi di EUR negli ultimi tre esercizi finanziari, o se la capitalizzazione di mercato media o il valore equo di mercato equivalente dell’impresa cui appartiene era quanto meno pari a 65 miliardi di EUR nell’ultimo esercizio finanziario, nonché se esso fornisce un servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri. Il secondo requisito è considerato presente se il fornitore presta un servizio di piattaforma di base che annovera nell’ultimo esercizio finanziario più di 45 milioni di utenti finali attivi mensilmente, stabiliti o situati nell’Unione, e oltre 10.000 utenti commerciali attivi annualmente stabiliti nell’Unione. Infine, la detenzione consolidata e duratura della posizione di punto di accesso, di cui al terzo requisito, è considerata presente se le soglie di cui al precedente requisito sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari.

Va peraltro sottolineato che la qualifica di *gatekeeper* non è direttamente applicabile, ma necessita di una decisione in tal senso della Commissione. Tale decisione può intervenire a seguito della notifica delle informazioni rilevanti da parte del fornitore che ritenga di rientrare in tale definizione (art. 3, par. 4), ovvero *ex officio*, a seguito di un’indagine del mercato (art. 3, par. 6)¹¹. In quest’ultimo caso la Commissione può accertare che un fornitore di servizi della piattaforma di base vada designato come *gatekeeper* se soddisfa le tre condizioni dimensionali, ma non rientra in una o più delle presunzioni sopra richiamate.

Stando al suo art. 1, l’obiettivo del DMA è quello di garantire che i mercati nel settore digitale nei quali sono presenti *gatekeepers* siano “equi e contendibili” in tutta l’Unione. Per scongiurare le condotte contrarie a tale obiettivo sono state confrontate tre opzioni. In base alla prima si prevedeva un elenco predeterminato di *gatekeepers* che dovevano sottostare ad una lista di obblighi direttamente applicabili. In virtù della seconda, si contemplava una disciplina parzialmente flessibile di designazione e di aggiornamento degli obblighi, implicante un dialogo con la Commissione diretto a precisare le condotte necessarie per dare esecuzione agli stessi. Infine, la

¹¹ Previsti agli artt. 14-17 del DMA.

terza consisteva in una disciplina totalmente flessibile sia per quanto riguarda l'individuazione del soggetto interessato, sia per quanto riguarda gli obblighi ad esso applicabili.

La soluzione accolta nel DMA è stata sostanzialmente la seconda, posto che esso prevede una duplice lista di obblighi imposti ai *gatekeepers*. Nella prima, contenuta nell'art. 5, sono fissati gli obblighi ritenuti *self-executing*, nel senso che il loro rispetto non richiede ulteriori particolari precisazioni; nella seconda, stabilita nell'art. 6, sono invece compresi alcuni obblighi la cui attuazione può richiedere una specificazione che viene ottenuta mediante una interlocuzione con la Commissione. Al riguardo l'art. 7, par. 2 chiarisce che se quest'ultima constata che le misure che il *gatekeeper* intende attuare non garantiscono l'effettiva osservanza dei pertinenti obblighi sanciti dall'art. 6, essa può specificare mediante decisione le misure che il *gatekeeper* in questione deve attuare.

La suddivisione degli obblighi operata nel regolamento, sebbene funzionale all'obiettivo di individuare i casi in cui la Commissione può intervenire secondo una modalità di tipo regolatorio, offusca il significato e l'effettiva portata concorrenziale del DMA. In effetti gli artt. 5 e 6 contengono complessivamente diciotto tipi di "obblighi" estremamente eterogenei e molto dissimili quanto alla natura e a i caratteri delle condotte imposte. È certo vero che, come accennato, l'art. 1 del DMA e lo stesso titolo del capo III dove sono inseriti gli artt. 5 e 6 evocano la necessità di impedire pratiche che "sono sleali o limitano la contendibilità", tuttavia non appare chiaro né cosa ciò significhi in concreto, né se ed entro quali limiti questi obblighi possano essere ricondotti alle categorie generali del diritto antitrust, in particolare quelle proprie delle pratiche abusive, quali le condotte di esclusione e quelle di sfruttamento.

Una qualche limitata indicazione si può trarre dall'art. 10 del DMA. Questa disposizione, infatti, prevedendo che la Commissione possa individuare nuovi obblighi per quelle condotte dei *gatekeepers* che risultino sleali o limitative della contendibilità dei servizi "in maniera analoga alle pratiche oggetto degli obblighi sanciti dagli articoli 5 e 6", stabilisce che una pratica va considerata sleale o limitativa della contendibilità in due casi: i) se si è venuto a creare uno squilibrio in termini di diritti e obblighi per gli utenti commerciali e il *gatekeeper* sta traendo un vantaggio da questi ultimi che non è proporzionato al servizio ad essi fornito; ovvero ii) la contendibilità dei mercati è diminuita in conseguenza di una siffatta pratica adottata da un *gatekeeper*. Dalla prima precisazione si intuisce che va ritenuta "sleale" quella pratica mediante la quale il *gatekeeper*, basandosi sullo squilibrio dei rapporti di forza, riesce a comprimere eccessivamente l'utilità degli utenti commerciali. In questa prospettiva la pratica sleale potrebbe essere concet-

tualmente ricondotta alla categoria degli abusi di sfruttamento. La seconda precisazione invece è obiettivamente meno utile, posto che si limita ad affermare, in maniera circolare, che diminuisce la contendibilità dei mercati la pratica che produce tale effetto. In questo caso tutto ciò che si può affermare è che una limitazione o indebolimento della contendibilità del mercato rappresenta inerentemente una pratica di esclusione.

Provando a districare la matassa dei diciotto obblighi complessivamente previsti dagli artt. 5 e 6, si può constatare che nella prima di tali norme sono contemplate due categorie generali di obblighi: l'una diretta a evitare talune pratiche di sfruttamento degli utenti dei servizi, sia finali che commerciali, e l'altra che mira a combattere alcune pratiche di esclusione dei concorrenti riconducibili alla tipologia delle vendite abbinare. Diversamente nell'art. 6 sono configurate tre classi di obblighi, tutti relativi a condotte escludenti, aventi ad oggetto le pratiche discriminatorie dei concorrenti, alcune vendite aggregate e, infine, talune restrizioni all'accesso ai dati.

4. L'art. 5 contiene due categorie generali di obblighi: l'una avente ad oggetto talune pratiche di sfruttamento degli utenti finali e/o commerciali suscettibili di essere adottate *gatekeeper* e l'altra ricomprendente alcune pratiche del *gatekeeper* di esclusione dei suoi concorrenti, definibili come vendite abbinare.

La prima categoria di obblighi è composta dalle disposizioni di cui alle lettere a), b), d) e g) della norma, e che possono essere qualificati rispettivamente come i) divieto di combinazione di dati non autorizzata, ii) divieto di clausole di parità, iii) diritto di ricorso e iv) diritto di trasparenza sul prezzo delle inserzioni. La seconda categoria di obblighi comprende le disposizioni contenute nelle lett. c), e) e f) dell'art. 5, ed è possibile qualificarle collettivamente come: v) divieti di vendite abbinare (*tying practices*).

i) Divieto di combinazione non autorizzata di dati (art. 5, lett. a)

Il primo obbligo, consistente nel divieto di combinazione non autorizzata di dati, è previsto dalla lett. a) della norma la quale prevede che il *gatekeeper* debba astenersi dal combinare dati personali ricavati dai servizi di piattaforma di base con dati personali provenienti da qualsiasi altro servizio offerto dal *gatekeeper* o con dati personali provenienti da terzi e debba altresì evitare l'accesso con registrazione degli utenti finali ad altri servizi del *gatekeeper* al fine di combinare dati personali, a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e che quest'ultimo abbia prestato il proprio consenso ai sensi del regolamento n. 2016/679.

La disposizione trova la sua fonte di ispirazione nel caso *Facebook*, an-

cora pendente in Germania, ma sul quale si è già provvisoriamente pronunciata la Corte costituzionale tedesca.

In base ai termini di esercizio imposti agli utilizzatori, Facebook poteva combinare, senza chiedere il consenso, i dati raccolti sull'omonimo servizio *social* con quelli derivati da altri servizi da essa forniti, quali Instagram e WhatsApp. Il *Bundeskartellamt* tedesco aveva vietato tale combinazione equiparando la violazione della disciplina della *privacy* ad una violazione *antitrust*. La Corte costituzionale ha confermato il divieto, modificando tuttavia la sua motivazione¹². Per la Corte, l'aspetto chiave non è nella violazione della *privacy* bensì quello della privazione di qualsiasi possibilità di scelta degli utenti finali tra un servizio digitale altamente personalizzato attraverso la combinazione dei dati, e un servizio digitale meno personalizzato basato solo sui dati che gli utenti condividono su un determinato servizio *social*. La mancanza di opzioni a disposizione degli utenti di Facebook riguarda sia il profilo della loro autonomia personale e l'esercizio del loro diritto all'autodeterminazione informativa protetto anche dal GDPR, sia il profilo attinente alla concorrenzialità dei mercati. A tale riguardo la Corte costituzionale tedesca ha concluso che in base agli accertamenti del *Bundeskartellamt*, un numero considerevole di utenti privati di Facebook desiderava rivelare meno dati personali e se la concorrenza sul mercato dei *social network* fosse stata efficace, ci si sarebbe potuto aspettare che questa opzione fosse disponibile.

ii) *Divieto di clausole di parità (art. 5, lett. b)*

L'art. 5, lett. b) del DMA contiene invece il divieto per i *gatekeeper* di utilizzare le c.d. clausole di parità o *Most Favored Nation Clauses* (clausole MFN), generalmente distinte in "*wide*" e "*narrow*". Mediante le prime una piattaforma che presta un servizio di comparazione di prezzi richiede ai propri utenti commerciali di offrire sulla stessa i loro beni o servizi al miglior prezzo e alle migliori condizioni di transazione praticate su qualsiasi altro canale di vendita¹³. Attraverso le seconde, invece, la piattaforma di comparazione impone ai suoi utenti commerciali di praticare sulla stessa le medesime condizioni contrattuali (ovvero anche condizioni contrattuali migliori) offerte sul loro personale sito *web*.

¹² Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook, 23 giugno 2020, Nr. 80/2020, bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html

¹³ A esempio, A richiede a B di beneficiare automaticamente dei medesimi termini di fornitura che quest'ultimo eventualmente stipula con C, se questi risultano più favorevoli di quelli di A.

Le clausole di parità *wide* provocano effetti anticoncorrenziali evidenti e non facilmente redimibili. Tali clausole infatti: i) producono un *chilling effect* sulla dinamica dei prezzi: se una clausola di parità impone a B di applicare anche ad A lo sconto che intende concedere a C, è possibile che B, per evitare la duplicazione della riduzione dei suoi ricavi derivante dal doppio sconto, decida di non accordare quest'ultimo né ad A né a C¹⁴; ii) a prescindere da quanto sopra, rischiano di avere un comunque effetto di uniformizzazione dei prezzi e delle altre condizioni di transazione: è infatti possibile che le piattaforme concorrenti adottino anch'esse tali clausole al fine di evitare che le tariffe da loro offerte siano superiori a quelle praticate altrove, con il conseguente generale effetto di parificazione tariffaria; iii) possono comportare una erosione dei margini di profitto degli utenti commerciali; se infatti la piattaforma aumenta il valore della commissione che richiede per il servizio di comparazione, gli utenti commerciali non possono trasferire questo aumento dei loro costi sul prezzo di vendita dei loro beni o servizi, salvo applicare l'aumento su tutti i canali di distribuzione, con l'inevitabile importante effetto di riduzione della domanda; iv) possono costituire una barriera all'entrata, dato che le eventuali piattaforme concorrenti, sebbene possono attirare gli utenti commerciali con l'offerta di commissioni inferiori, ma su di esse non è comunque possibile prezzi e condizioni migliori. Diversamente, le clausole di parità *narrow*, ossia quelle che impongono la parità delle condizioni transazione solo tra la piattaforma e il sito *web* personale dell'utente commerciale, presentano profili di rischio *antitrust* molto inferiori. Infatti, per un verso, vi sono rischi di appiattimento dei prezzi solo se gli utenti commerciali non ritengono di offrire sul sito personale i loro beni o servizi a condizioni migliori rispetto a quelle della piattaforma; per l'altro, tali clausole possono risolvere i problemi di *free riding*¹⁵.

¹⁴ Ovviamente tanto maggiore è la dimensione economica dell'*incumbent* quanto più significativo è il *chilling effect* sul ribasso dei prezzi; dal punto di vista della riduzione dei profitti una cosa è concedere un ribasso ad un'impresa che assorbe, ad esempio, il 5% delle vendite, ben altra è concederlo ad un'impresa che funge da sbocco del 50% delle vendite.

¹⁵ Ad esempio, nel caso delle piattaforme on-line di prenotazione dei servizi alberghieri, se gli hotel potessero liberamente praticare sul loro sito personale un prezzo più basso di quello indicato sulla piattaforma, essi usufruirebbero in maniera parassitaria dei servizi di pubblicità e comparazione prestati da quest'ultima. La clausola di parità di prezzi *narrow*, induce gli utenti ad acquistare i servizi alberghieri sulla piattaforma che così è messa così in grado di ottenere un compenso per i suoi servizi. Un secondo tipo di effetto positivo delle clausole di parità è la possibile risoluzione del c.d. rischio dell'*hold up* (o rinuncia all'investimento). Questo si verifica, ad esempio, nel caso in cui il distributore-acquirente debba effettuare investimenti specifici per la distribuzione del bene o del servizio del fornitore; se il distributore non potesse essere sicuro che i suoi concorrenti non beneficerebbero di prezzi di acquisto inferiori rispetto ai suoi, sarebbe indotto ad astenersi dall'effettuare gli

La disposizione contenuta nella lett. b) dell'art. 5 del DMA vieta al *gatekeeper* l'imposizione di clausole di parità *wide*, stabilendo che quest'ultimo debba consentire agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione online di terzi a prezzi o condizioni diverse da quelle offerte attraverso i servizi di intermediazione *on-line* del *gatekeeper*.

Peraltro, la Commissione ha già vietato l'uso delle clausole di parità alle grandi piattaforme digitali sulla base delle norme antitrust. Nel 2012, la Commissione ha aperto un'istruttoria nei confronti di Apple e di un certo numero di editori internazionali di *e-book* in relazione ai prezzi al dettaglio imposti mediante MFN nei contratti iBookstore. Il caso è stato risolto mediante impegni, tra cui l'obbligo da parte di Apple a non stipulare o applicare alcuna clausola MFN sui prezzi al dettaglio negli accordi con i rivenditori o gli editori di *e-book* per cinque anni¹⁶. Nel 2017, a seguito di un'istruttoria aperta nei confronti di Amazon, la Commissione ha concluso, ancora una volta in una decisione di accettazione di impegni, che un'ampia gamma di clausole di parità relative a diversi aspetti dei contratti fornitura (sia attinenti al prezzo sia connessi ad altre condizioni contrattuali) conclusi da Amazon con i venditori e-book doveva ritenersi come *per se* abusiva ai sensi dell'art. 102¹⁷.

iii) Diritto al ricorso (art. 5, lett. d)

L'art. 5 lett. d) stabilisce che i *gatekeepers* devono astenersi dall'impedire agli utenti commerciali dal sollevare presso qualsiasi autorità pubblica competente questioni relative alle pratiche dei *gatekeeper* o dal limitare tale possibilità.

Il considerando 39 del DMA precisa che tale divieto è diretto a salvaguardare un ambiente commerciale equo e a proteggere la contendibilità del settore digitale. Non è chiara l'autorità pubblica a cui si riferisce la disposizione. Dato che l'esclusione della possibilità di ricorso ad un'autorità giudiziaria sarebbe illegale *per se*, si deve ipotizzare che la disposizione si riferisca ai reclami ad una autorità amministrativa non giudiziaria. Il considerando 39 precisa ulteriormente che gli utenti commerciali potrebbero voler, ad esempio, denunciare diversi tipi di pratiche sleali, quali condizio-

investimenti, perché questi risulterebbero evidentemente negativi per il suo bilancio.

¹⁶ Commissione europea, decisione del 12 dicembre 2012, CASE COMP/AT.39847-E-BOOKS

¹⁷ Commissione europea, decisione del 4 maggio 2017, caso AT.40153 – Clausole MFN per gli e-book e questioni correlate, se ne veda la sintesi in GUUE C 264/7, del 11 agosto 2017.

ni di accesso discriminatorie, chiusura ingiustificata dei loro account o motivi poco chiari di eliminazione di prodotti dai listini. Il divieto lascia comunque impregiudicato il diritto degli utenti commerciali e dei *gatekeeper* di stabilire nei loro accordi le condizioni di utilizzo, compresi l'uso di meccanismi legittimi di gestione dei reclami e l'uso di meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie o della giurisdizione di tribunali specifici nel rispetto del pertinente diritto dell'Unione e nazionale.

iv) Trasparenza sui prezzi dei servizi pubblicitari (art. 5, lett. g)

Art. 5, lett. g) prevede una specifica disposizione applicabile ai prezzi dei servizi pubblicitari *on-line* che il *gatekeeper* può prestare agli inserzionisti e agli editori. La disposizione stabilisce infatti che i *gatekeepers* devono fornire a inserzionisti ed editori cui erogano servizi pubblicitari, su loro richiesta, informazioni relative al prezzo pagato da loro pagato, nonché all'importo o alla remunerazione versati all'editore, per la pubblicazione di una determinata inserzione e per ciascuno dei pertinenti servizi pubblicitari forniti dal *gatekeeper*.

Il considerando 42 chiarisce che essa è motivata dal fatto che le condizioni alle quali i *gatekeeper* forniscono servizi di pubblicità *on-line* agli utenti commerciali risultano spesso poco trasparenti. Tale opacità del mercato è dovuta all'estrema complessità dell'odierna pubblicità programmatica, che rischia di aggravarsi con la prossima disattivazione dei *cookie* di terze parti. La mancanza di informazioni e conoscenze per inserzionisti ed editori sulle condizioni dei servizi pubblicitari che hanno acquistato riduce la loro capacità di passare a fornitori alternativi di servizi pubblicitari *on-line*. Inoltre, i costi della pubblicità online sono probabilmente più alti di quanto sarebbero in un ambiente di piattaforma più trasparente, ciò è suscettibile di riflettersi sui prezzi che gli utenti finali pagano per molti prodotti e servizi quotidiani che si basano sull'uso della pubblicità online.

v) Divieto di vendite abbinate (tying practices) (art. 5, lett. c), e) ed f)

Un'ampia serie di obblighi del DMA fa riferimento alle cc.dd. pratiche leganti. Queste, com'è ben noto, comprendono quelle strategie commerciali mediante le quali un'impresa condiziona la vendita di un suo prodotto o servizio (prodotto o servizio principale) all'acquisto di un altro prodotto o servizio (il prodotto o servizio abbinato) che deve essere usato o usufruito insieme al primo (ad esempio un computer e uno schermo, oppure una vettura e il servizio di assistenza) ed è offerto dalla stessa impresa ovvero da un'impresa a questa collegata: dunque A vende il suo prodotto (o servizio)

X solo se l'acquirente accetta di acquistare anche il bene (o servizio) Y prodotto dalla stessa A o da impresa collegata. Talvolta la pratica legante è motivata dalla volontà di offrire ai clienti prodotti più efficienti sotto il profilo dei costi, altre volte è imposta dall'interdipendenza tecnologica esistente tra due prodotti: ad esempio, è possibile che, per ragioni tecniche, un software funzioni solamente o più efficacemente su un determinato hardware. In tali casi la pratica presenta natura concorrenziale in quanto idonea a produrre effetti migliorativi del livello di prezzo e/o della qualità del prodotto o del servizio. La pratica legante, però, può essere usata a fini anticoncorrenziali, ad esempio per escludere i concorrenti nel mercato del bene abbinato. Se A è dominante nel mercato del prodotto X, ma non nel mercato del prodotto Y - che tuttavia deve essere utilizzato insieme ad X - l'abbinamento effettuato da A dei suoi prodotti per i mercati X e Y comporta un effetto di esclusione dei concorrenti nel mercato di Y, a prescindere dal fatto che i beni di questi ultimi siano peggiori o migliori di quelli di A.

La Commissione distingue le pratiche leganti in *tying* (vendite abbinate) e *bundling* (vendite aggregate)¹⁸. Per “vendite abbinate” si intendono le situazioni in cui i clienti che acquistano il prodotto principale devono acquistare anche il prodotto abbinato dell'impresa dominante. La “vendita aggregata” si riferisce invece al modo in cui i prodotti vengono offerti dall'impresa dominante e al modo in cui essa ne fissa il prezzo. È definita “pura” quando i prodotti vengono venduti soltanto assieme e in proporzioni fisse, ovvero “mista”, laddove i prodotti sono disponibili anche separatamente, ma la somma dei singoli prezzi di vendita è superiore al prezzo aggregato.

Le pratiche leganti applicate dalle grandi imprese digitali sono già state numerose volte ritenute incompatibili con le norme antitrust del trattato. Nel 2007, il Tribunale dell'Unione ha confermato la decisione con la quale la Commissione aveva ritenuto abusiva da parte di Microsoft la subordinazione della fornitura del sistema operativo Windows all'acquisto simultaneo del *software* Windows Media Player¹⁹. Nel 2018²⁰ la Commissione ha qualificato come abusiva da parte di Google l'imposizione ai produttori di dispositivi operanti con il sistema Android dell'obbligo di pre-installare le app Google search e Google Chrome come condizione per la concessione

¹⁸ Comunicazione della Commissione — Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, punto 47 ss.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 2007, *Microsoft e a. c. Commissione*, causa T-201/04.

²⁰ Decisione cit., v. nota n. 1.

della licenza di uso di Play Store, vale a dire al portale di vendita delle *app* di Google che gli utenti ritenevano imprescindibile e si aspettavano di trovare installata sul loro dispositivo²¹.

Nell'art. 5 del DMA sono contemplati diversi obblighi che mirano a scongiurare forme più o meno evidenti di *tying*. Ad esempio la lett. c) stabilisce che il *gatekeeper* debba consentire agli utenti commerciali di promuovere offerte agli utenti finali acquisiti attraverso il servizio di piattaforma di base e di stipulare contratti con tali utenti finali, a prescindere dal fatto che a tale fine essi si avvalgano o meno dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*; inoltre è fatto obbligo al *gatekeeper* di permettere agli utenti finali di accedere a contenuti, abbonamenti, componenti o altri *elementi* e di utilizzarli attraverso i servizi di piattaforma di base del *gatekeeper* avvalendosi dell'applicazione *software* di un utente commerciale, se gli utenti finali hanno acquistato tali elementi dall'utente commerciale in questione senza utilizzare i servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*. Ancora, alla lett. e) dell'art. 5 si prevede che il *gatekeeper* debba astenersi dall'imporre agli utenti commerciali l'utilizzo o l'offerta di un suo servizio di identificazione²², o l'interoperabilità con lo stesso, nel contesto dei servizi offerti dagli utenti commerciali che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base di tale *gatekeeper*. Infine, ai sensi della lett. f) dell'art. 5, il *gatekeeper* deve astenersi dall'imporre agli utenti commerciali o agli utenti finali l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi altro servizio di piattaforma di base identificato a norma dell'articolo 3 o che raggiunge le soglie di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lett. b), quale condizione per accedere, registrarsi o iscriversi a uno dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper* identificato a norma del medesimo articolo.

5. Venendo agli obblighi dei *gatekeeper* previsti dall'art. 6, ossia quelli che possono essere oggetto di ulteriori specifiche, sebbene siano tutti diretti ad eliminare il rischio di condotte escludenti da parte del *gatekeeper*, un primo gruppo di essi può essere ricondotto alla categoria generale del divieto di non discriminazione. Si tratta di tre ipotesi qualificabili come segue: i) divieto di appropriazione dei dati dei concorrenti (*data grabbing*)

²¹ L'art. 102 vieta espressamente le pratiche leganti alla lett. d) in virtù della quale è vietato subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che per loro natura o secondo gli usi commerciali non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. Nella sentenza *Microsoft c. Commissione*, cit., il Tribunale ha elaborato un *test* di legalità delle pratiche leganti in linea con l'art. 102, lett. d., v. punti 842-869.

²² Ai sensi dell'art. 2, n. 14 del DMA per servizio di identificazione si intende un servizio ausiliare che consente qualsiasi tipo di verifica degli utenti finali o degli utenti commerciali, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata.

(art. 6, lett. a); ii) divieto di auto-preferenza (*self-preferencing*) (art. 6, lett. d) e iii) divieto di condizioni discriminatorie di accesso all'*app store* (art. 6, lett. k).

i) *Divieto di appropriazione dei dati dei concorrenti (data grabbing)* (art. 6, lett. a)

In alcune circostanze, un *gatekeeper* può rivestire il doppio ruolo di fornitore di servizi di base della piattaforma a favore di utenti commerciali, nonché di fornitore di servizi in concorrenza con quelli offerti da tali utenti commerciali. In queste circostanze, un *gatekeeper* potrebbe utilizzare i dati generati dai servizi di base per avvantaggiarsi sui mercati in concorrenza. Per evitare tale distorsione concorrenziale l'art. 6, lett. a) prevede che il *gatekeeper* debba astenersi dall'utilizzare, in concorrenza con gli utenti commerciali, dati non accessibili al pubblico generati attraverso le attività di tali utenti dei propri servizi di piattaforma di base o da questi forniti dei suoi servizi di piattaforma di base o dagli utenti finali di tali utenti commerciali.

La disposizione intende coprire diverse fattispecie. Ad esempio, è possibile che un *gatekeeper* fornisca un *marketplace* o un *app store* agli utenti commerciali, e allo stesso tempo offra servizi come rivenditore *on-line* o fornitore di *software* applicativo in competizione con quegli stessi utenti commerciali. Essa si applica (a maggior ragione) anche al caso in cui i dati non siano generati dall'uso del servizio di base, ma forniti a quest'ultimo dall'utente commerciale. Nel caso poi di servizi di *cloud computing*, l'obbligo dovrebbe estendersi ai dati forniti o generati dagli utenti commerciali del *gatekeeper* nel contesto del loro uso del servizio di *cloud computing*, o attraverso l'*app store* del *gatekeeper*²³.

La pratica, che può essere definita come di "appropriazione di dati" (*data grabbing*), ha già un precedente nel quadro applicazione dell'art. 102. Nella comunicazione di addebiti inviata nel 2020²⁴, la Commissione af-

²³ Pur essendo un obbligo diretto ad evitare l'acquisizione di un illecito vantaggio attraverso la sottrazione di dati, per certi versi potrebbe essere qualificato come una variazione in chiave unilaterale dello scambio di informazioni tra concorrenti vietato dall'art. 101, variazione possibile in ragione delle caratteristiche delle piattaforme digitali. Così come, secondo una consolidata giurisprudenza, le imprese concorrenti non possono scambiarsi informazioni commerciali sensibili ma devono autonomamente determinare la condotta che intendono seguire sul mercato, la piattaforma digitale non può appropriarsi di informazioni commerciali sensibili dei concorrenti al fine di determinare la sua condotta tenendo conto delle stesse invece che affrontare autonomamente i rischi della concorrenza.

²⁴ Cit. alla nota n. 1.

ferma che Amazon riveste un doppio ruolo: da un lato, rappresenta un *marketplace* dove venditori terzi possono offrire i loro prodotti direttamente ai consumatori e dall'altro, essa stessa offre prodotti sul suo *marketplace* come rivenditore, in concorrenza dunque con i venditori terzi. Come fornitore di servizi di *marketplace*, Amazon ha accesso a dati commerciali non pubblici dei venditori terzi, quali il numero di unità ordinate e spedite di prodotti, le entrate dei venditori sul *marketplace*, il numero di visite alle offerte dei venditori, i dati relativi alla spedizione, alle prestazioni passate, e altre richieste dei consumatori relative ai prodotti, comprese le garanzie attivate. La Commissione nella sua comunicazione di addebiti ha ritenuto che grandi quantità di dati non pubblici dei venditori terzi confluiscono nelle mani dei soggetti che si occupano delle vendite al dettaglio di Amazon i quali sono in grado di aggregare in maniera automatizzata questi dati e di usarli per calibrare le suddette offerte e per adottare le decisioni strategiche di business. Per esempio, la sottrazione dei dati dei concorrenti permetterebbe ad Amazon di concentrare le sue vendite nei prodotti più venduti in tutte le categorie di prodotti e di aggiustare le sue offerte alla luce dei dati dei venditori concorrenti. Ad avviso della Commissione l'uso di dati non pubblici dei venditori terzi permette ad Amazon di evitare i normali rischi della concorrenza al dettaglio e di sfruttare la sua posizione dominante nel mercato della fornitura di servizi di *marketplace*, con conseguente violazione dell'articolo 102.

ii) Divieto di auto-preferenza (self-preferencing) (art. 6, lett. d).

L'art. 6, lett. d) del DMA obbliga i *gatekeepers* ad astenersi dal garantire un trattamento più favorevole in termini di posizionamento ai servizi e prodotti da loro stessi offerti (ovvero offerti da terzi che appartengono alla stessa impresa a cui appartiene il *gatekeeper*) rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi e impone ai *gatekeepers* di applicare condizioni eque e non discriminatorie a tale posizionamento.

La pratica, che è già nota come *self-preferencing*, rientra evidentemente nella generale classe del divieto di discriminazione; tuttavia presenta una sua specifica categorizzazione giuridica perché presuppone la capacità della piattaforma di classificare o ordinare secondo uno o più criteri da essa stabiliti i prodotti o i servizi delle imprese che operano attraverso i suoi servizi. Pertanto, non riguarda tutte le ipotesi in cui un soggetto discrimina un prodotto o servizio dei concorrenti rispetto al proprio, ma solo i casi in cui ciò avviene a mezzo di un *ranking*²⁵.

²⁵ Per garantire che tale obbligo sia efficace e non possa essere aggirato, dovrebbe applicarsi anche a qualsiasi misura che possa avere un effetto equivalente al trattamento diffe-

Numerosi sono i casi in cui tale pratica è stata censurata dalla Commissione sulla base dell'art. 102.

Il primo è costituito dalla decisione del 2017²⁶ in base alla quale si è ritenuto che Google avesse abusato della sua posizione dominante attribuendo sistematicamente un posto preminente al proprio servizio di acquisti comparativi Google Shopping, nel senso che quando un consumatore effettuava una ricerca di un prodotto in relazione alla quale Google Shopping voleva proporre risultati, questi erano visualizzati sempre tra i primi della ricerca. Correlativamente Google retrocedeva nelle pagine dei risultati della ricerca i servizi di acquisti comparativi dei concorrenti.

Un'analogha pratica di *self-preferencing* è stata rimproverata a Google nella decisione della Commissione del 2019²⁷. A giudizio di quest'ultima, Google, attraverso il suo servizio AdSense for Search, collegava le inserzioni pubblicitarie ai risultati delle ricerche degli utenti, cioè agiva come un intermediario pubblicitario tra inserzionisti e *publishers* interessati a trarre profitto dallo spazio pubblicitario collegato alle pagine selezionate dagli utenti. Secondo la Commissione, Google, mediante le cc.dd. clausole di "posizionamento premium", imponeva ai *publishers* sia di riservare agli annunci di Google lo spazio più redditizio, sia di prevedere un numero minimo di annunci da essa raccolti. Di conseguenza, ai concorrenti di Google era impedito di inserire i propri messaggi pubblicitari negli spazi maggiormente visibili e cliccati delle pagine di visualizzate sui siti web.

Infine, si può parlare di *self-preferencing* anche per la pratica rimproverata ad Amazon nella comunicazione degli addebiti inviata a tale società nel 2020²⁸. Infatti, la Commissione ha ipotizzato che i criteri che Amazon stabilisce per selezionare il vincitore della c.d. *Buy Box* e per consentire ai venditori di offrire prodotti agli utenti Prime conducessero ad un trattamento preferenziale dell'attività di vendita al dettaglio di Amazon o dei venditori che utilizzano i suoi servizi di logistica e consegna. La *Buy Box* è esposta in modo prominente sui siti *web* della piattaforma e permette ai clienti di aggiungere articoli di un rivenditore specifico direttamente nei loro carrelli della spesa. Per i venditori di *marketplace* essere scelti come l'offerta che compare nella casella *Buy Box* è cruciale in quanto essa mostra in modo prominente l'offerta di un singolo venditore per un prodotto scelto sui *marketplace* di Amazon, e genera la maggioranza di tutte le vendite.

renziato o preferenziale in classifica. Gli orientamenti adottati a norma dell'articolo 5 del regolamento (UE) 2019/1150 dovrebbero inoltre facilitare l'attuazione e l'applicazione di tale obbligo.

²⁶ Cit. a nota 1.

²⁷ Cit. a nota 1.

²⁸ Cit. a nota 1.

iii) Accesso non discriminatorio dei concorrenti all'app store (art. 6, lett. k)

L'art. 6, lett. k) impone al *gatekeeper* di applicare condizioni generali eque e non discriminatorie per l'accesso degli utenti commerciali ai propri negozi di applicazioni software (*app store*), designati a norma dell'articolo 3 del regolamento.

Il considerando 57 chiarisce che le condizioni generali di accesso dovrebbero essere considerate inique se comportano uno squilibrio dei diritti e degli obblighi imposti agli utenti commerciali o se conferiscono al *gatekeeper* un vantaggio sproporzionato rispetto al servizio da esso prestato a questi ultimi ovvero ancora uno svantaggio per gli utenti commerciali nel fornire servizi identici o simili a quelli dal *gatekeeper*. Lo stesso considerando precisa che per valutare l'eventuale iniquità delle condizioni generali di accesso possono servire come parametro: i) i prezzi praticati o le condizioni imposte per servizi identici o simili da altri fornitori di *app store*; ii) i prezzi praticati o le condizioni imposte dal fornitore di *app store* per altri servizi, connessi o similari, o prestati a favore diversi tipi di utenti finali; iii) i prezzi praticati o le condizioni imposte dal fornitore di *app store* per lo stesso servizio in diverse regioni geografiche; iv) i prezzi praticati o le condizioni imposte dal fornitore di *app store* per lo stesso servizio che il *gatekeeper* offre a se stesso. Ne emerge dunque che l'art. 6, lett. k) declina in relazione al servizio di accesso al *app store* regole concettualmente analoghe elaborate dalla giurisprudenza per i casi di prezzi eccessivi (parametri sub i), ii) e iii))²⁹ e di *margin squeeze* (parametro sub iv))³⁰.

²⁹ Per quanto riguarda i prezzi eccessivi la giurisprudenza ha elaborato due *test* che possono alternativamente essere impiegati. Il primo, c.d. *UBC test*, in base al quale si tratta di stabilire se vi sia un'eccessiva sproporzione tra il costo effettivamente sostenuto ed il prezzo effettivamente richiesto e, in caso affermativo, di accertare se sia stato imposto un prezzo non equo, sia in assoluto sia rispetto ai prodotti concorrenti (v. sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands e United Brands Continental/Commissione*, punto 252). Il secondo, il *test Tournier-Lucazeu*, è basato invece su un raffronto su base omogenea dei livelli di prezzi praticati in diversi Stati membri e sull'eventuale accertamento di una sensibile differenza tra gli stessi (v. sentenze della Corte di giustizia del 13 luglio 1989, causa 395/87, *Tournier*, punto 38, e del 13 luglio 1989, cause riunite 110/88, 241/88 e 242/88, *Lucazeau e a.*, punto 25).

³⁰ Quanto al *margin squeeze*, ossia alla compressione dei margini dei concorrenti che un'impresa può effettuare detenendo un componente essenziale per la produzione di un bene o di un servizio, la giurisprudenza ha stabilito che esso ha carattere abusivo laddove l'impresa dominante richieda per il componente un prezzo superiore a quello a cui il bene o il servizio completo è venduto ai consumatori finali, ovvero la differenza tra il prezzo finale e il prezzo del componente non è sufficiente a coprire i costi che la stessa impresa dominante incontra per la fornitura del bene o del servizio (v. sentenza della Corte di giustizia del 17

Anche questa specifica obbligazione trova un riferimento nel quadro dell'applicazione dell'art. 102. Infatti nel 2020 la Commissione ha aperto una istruttoria nei confronti di Apple, su denuncia di un concorrente nel mercato dello streaming musicale (Spotify), in quanto tale società imporrebbe nei suoi accordi con le aziende che desiderano distribuire applicazioni agli utenti di dispositivi Apple: i) l'uso obbligatorio del sistema di acquisti appartenente alla stessa Apple (in-app "IAP") per la distribuzione di contenuti digitali a pagamento, con addebitamento agli sviluppatori di app di una commissione (del 30%) su tutte le quote di abbonamento effettuate tramite IAP; ii) restrizioni sulla capacità degli sviluppatori di informare gli utenti sulle possibilità di acquisto alternative al di fuori delle *app*³¹ ad esempio sul sito *web* dello sviluppatore dove di solito si trovano a prezzo inferiore.

6. L'art. 6 del DMA contiene altre disposizioni che possono essere raggruppate in base alla loro natura concorrenziale. Si tratta delle disposizioni che contengono il divieto di vendite aggregate (o *bundling*), il diritto alla portabilità dei dati ed infine di quelle che vietano le restrizioni inique all'accesso a dati ed informazioni.

i) Divieto di vendite aggregate (bundling) (art. 6, lett. b), c), e) ed f)).

Un primo gruppo di disposizioni dell'art. 6 raccoglie obblighi diretti a evitare pratiche di vendite aggregate (*bundling*) ossia, come sopra ricordato, vendite organizzate in modo che i servizi offerti siano usufruibili solo congiuntamente, ovvero anche disgiuntamente ma a condizioni più gravose. Nella norma in esame ciò è fatto mediante il riconoscimento di diritti di libertà di scelta degli utenti sia finali che commerciali. Nella norma infatti si impone al *gatekeeper*: i) di consentire agli utenti finali di disinstallare qualsiasi applicazione software preinstallata sul loro servizio di base (lett. b)³²; ii) di consentire l'installazione e l'uso effettivo di applicazioni software o di negozi di applicazioni software (*app store*) di terzi che utilizzano sistemi operativi del *gatekeeper* o che sono interoperabili con essi, iii) di consentire l'accesso a tali applicazioni software o negozi di applicazioni

febbraio 2011, causa C-52/09, *Telia Sonera Sverige*).

³¹ Mentre Apple permette agli utenti di consumare contenuti come musica, *e-book* e audiolibri acquistati altrove (ad esempio sul sito *web* dello sviluppatore dell'*app*) anche nell'*app*, le sue regole impediscono agli sviluppatori di informare gli utenti su tali possibilità di acquisto, che di solito sono più economiche.

³² Anche se è fatta salva la possibilità di limitare tale disinstallazione in relazione ad applicazioni software che sono essenziali per il funzionamento del sistema operativo o del dispositivo e che non possono essere offerte tecnicamente da terzi su base autonoma.

software con mezzi diversi dai servizi di piattaforma di base di tale *gatekeeper*³³ (lett. c); iv) di astenersi dal limitare a livello tecnico la possibilità per gli utenti finali di passare e di abbonarsi a servizi e applicazioni software diversi, cui hanno accesso avvalendosi del sistema operativo del *gatekeeper*; ciò vale anche per la scelta del fornitore di accesso a Internet da parte degli utenti finali (lett. e).

Inoltre, la lett. f) dell'art. 6 richiede ai *gatekeepers* di permettere agli utenti commerciali e ai fornitori di servizi ausiliari (*ancillary services*) l'accesso e l'interoperabilità con i medesimi sistemi operativi e i medesimi sistemi hardware e software che sono disponibili o utilizzati dal *gatekeeper* medesimo per la fornitura dei suoi servizi ausiliari. Risulta dal considerando 52 che la disposizione è destinata ad applicarsi laddove i *gatekeepers* hanno il doppio ruolo di sviluppatori di sistemi operativi e di produttori di dispositivi. In tali circostanze un *gatekeeper* potrebbe limitare l'accesso ad alcune delle funzionalità del dispositivo (ad esempio la comunicazione a corto raggio e il relativo software), che possono essere necessarie per la prestazione di un servizio ausiliare sia da parte del *gatekeeper* che da parte di un fornitore terzo. Tale limitazione di accesso è idonea a indebolire gli incentivi all'innovazione da parte dei fornitori dei servizi ausiliari nonché le possibilità di scelta di tali servizi degli utenti finali.

ii) *Portabilità dei dati (art. 6, lett. b)*

Le grandi piattaforme digitali beneficiano dell'accesso a enormi quantità di dati che raccolgono mentre forniscono sia i loro servizi sia i servizi di terzi che operano sulle piattaforme medesime. Tale circostanza è idonea a favorire le piattaforme in questione rispetto ai concorrenti ed a ridurre le contendibilità della loro posizione di mercato. Una delle soluzioni che possono essere esplorate per mantenere viva la concorrenza è prevedere che gli utenti commerciali e finali possano trasferire i loro dati (e i dati eventualmente generati da questi ultimi) ad altri fornitori di servizi digitali concorrenti. Facilitare lo *switching* da un fornitore all'altro o il *multi-homing* conduce ad una maggiore scelta per gli utenti commerciali e gli utenti finali e a un incentivo per tutti gli operatori ad innovare. In quest'ottica l'art. 6, lett. h) del DMA stabilisce che il *gatekeeper* debba garantire l'effettiva portabilità dei dati generati mediante l'attività di un utente commerciale o utente finale e debba fornire in particolare degli strumenti agli utenti finali per agevolare l'esercizio della portabilità dei dati, in linea con il regolamen-

³³ In ogni caso al *gatekeeper* non deve essere impedito di adottare misure proporzionate per assicurare che le applicazioni *software* o gli archivi di applicazioni *software* di terze parti non mettano in pericolo l'integrità dell'*hardware* o del sistema operativo da esso fornito.

to (UE) 2016/679, anche per mezzo della fornitura di un accesso continuo e in tempo reale.

Il riferimento al c.d. regolamento sulla *privacy* vale in particolare per l'art. 20 di quest'ultimo che prevede il diritto alla portabilità dei dati personali. Ciò implica che l'interessato abbia il diritto di ricevere dal *gatekeeper* i dati da esso generati e di trasmetterli ad un soggetto terzo in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da un dispositivo automatico. Va comunque sottolineato che, ai sensi del regolamento sulla *privacy*, il diritto della portabilità non comporta l'obbligo di una effettiva interoperabilità, posto che il considerando n. 68 di tale regolamento chiarisce che la portabilità dei dati personali contemplata dall'art. 20 non implica l'obbligo per i titolari del trattamento di adottare o mantenere sistemi di trattamento tecnicamente compatibili.

iii) Restrizioni inique all'accesso a dati e informazioni (art. 6, lett. g), i) e j))

La questione dell'accesso ai dati detenuti da una piattaforma digitale da parte dei suoi utenti commerciali e/o finali è senz'altro una delle più complesse e controverse. In via di principio la condivisione obbligatoria di un *asset* di un'impresa non solo viola il diritto di proprietà, ma rischia anche di diminuire significativamente gli incentivi agli investimenti e all'innovazione, dato che i risultati degli stessi possono dover essere spartiti con i concorrenti. Per tali ragioni i giudici europei hanno ammesso che il rifiuto di fornire un bene o un servizio anche se opposto da un'impresa dominante possa costituire un abuso solo alle condizioni molto restrittive definite nella c.d. dottrina delle *essential facilities*³⁴.

L'applicazione di questa dottrina alle piattaforme digitali in relazione ai dati da loro posseduti, finalizzata a consentire ad altre imprese di produrre beni o servizi concorrenti o complementari, presenta ulteriori difficoltà rispetto a quelle – già non irrilevanti – che si incontrano nel caso di beni materiali (ad esempio, infrastrutture) o immateriali (IP) in relazione ai quali essa è stata elaborata. Diversamente da tali beni, i dati costituiscono un *asset* eterogeneo e suscettibile di utilizzi differenziati: ad esempio la stringa

³⁴ In base a tale dottrina il rifiuto di fornire è illecito ai sensi dell'art. 102 solo se: i) il bene o servizio di cui è oggetto è indispensabile per la produzione di un altro bene o servizio, ii) costituisce un ostacolo alla comparsa di un prodotto nuovo per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori, iii) non è obiettivamente giustificato e iv) è idoneo ad escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato. V. in particolare, sentenze della Corte di giustizia del 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co.*, e del 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG*.

delle ricerche su internet effettuate da un utente può essere utilizzata per inferire i suoi interessi nel mercato immobiliare, come in quello dei servizi turistici. Infine, l'accesso da parte di terzi ai dati raccolti da un'impresa incrocia quasi inevitabilmente con le regole di tutela della privacy applicabili ai dati personali, in ossequio, oltre che del regolamento n. 2016/679, anche della Carta dei diritti fondamentali.

Il DMA non contempla un diritto di accesso generalizzato ai dati, ma prevede tre obblighi specifici.

Il primo è previsto all'art. 6, lett. g) e prevede che il *gatekeeper* debba fornire a inserzionisti ed editori, su loro richiesta e a titolo gratuito, l'accesso ai propri strumenti di misurazione delle prestazioni e le informazioni loro necessarie affinché possano effettuare una verifica indipendente dell'offerta di spazio pubblicitario. Tale obbligo è previsto per contrastare il fatto che spesso le condizioni in cui i *gatekeeper* forniscono servizi pubblicitari *on-line* agli utenti commerciali sono opache e non trasparenti con la conseguente limitata disponibilità di informazioni per gli inserzionisti e gli editori sull'effetto di un determinato annuncio.

Il secondo obbligo riguarda i dati generati dagli stessi utenti, sia commerciali che finali. Si tratta di una vasta quantità di informazioni che sono preziose dal punto di vista economico. Per garantire che gli utenti commerciali abbiano accesso ai dati pertinenti così generati, l'art. 6, lett. i) prevede l'obbligo del *gatekeeper* di fornire a titolo gratuito agli utenti commerciali, o a terzi da loro autorizzati, l'accesso efficace a dati aggregati e non aggregati, e di garantire alle stesse condizioni l'uso dei dati che sono forniti o generati nel contesto dell'uso dei servizi di piattaforma di base da parte di tali utenti commerciali nonché degli utenti finali che si avvalgono di prodotti o servizi forniti da tali utenti commerciali. Per quanto riguarda i dati personali il *gatekeeper* deve fornire accesso solo a quei dati direttamente connessi con l'uso effettuato dall'utente finale in relazione ai prodotti o servizi offerti dall'utente commerciale mediante il servizio di piattaforma di base e nel caso in cui l'utente finale accetta tale condivisione esprimendo un consenso ai sensi del regolamento (UE) n. 2016/679.

Infine, l'art. 6, lett. j) contempla un obbligo specifico di accesso ai dati in favore dei fornitori terzi di motori di ricerca. Si tratta dell'obbligo senz'altro più significativo dal punto di vista della concorrenza. Come ricordato al considerando 56, il valore dei motori di ricerca *on-line* aumenta all'aumentare del numero totale degli utenti commerciali e finali. I fornitori di motori di ricerca *on-line* raccolgono e conservano insiemi di dati aggregati contenenti informazioni relative alle ricerche degli utenti e su come questi ultimi hanno interagito con i risultati delle ricerche stesse. I fornitori di servizi di motori di ricerca online raccolgono questi dati sia dalle ricer-

che effettuate attraverso il proprio motore di ricerca *on-line* sia dalle ricerche effettuate sulle piattaforme dei loro partner commerciali. L'accesso da parte dei *gatekeeper* a tali dati di classificazione, interrogazione, clic e visualizzazione costituisce un'importante barriera all'ingresso, che ostacola la contendibilità dei servizi dei motori di ricerca online. La lett. j) prevede che il *gatekeeper* debba fornire a qualsiasi fornitore terzo di motori di ricerca online, su loro richiesta, l'accesso a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie ai dati di posizionamento, interrogazione, *click* e visualizzazione in relazione alla ricerca gratuita e a pagamento generata dagli utenti finali sui motori di ricerca *online* del *gatekeeper*, previa anonimizzazione per l'interrogazione, *click* e visualizzazione dei dati che costituiscono dati personali.

7. Come accennato, se analizzato nella prospettiva di cogliere la sua efficacia sulla concorrenzialità dei mercati digitali, il DMA può disorientare. Dato che si tratta ancora di una proposta di regolamento alcune modifiche ci sembrano raccomandabili.

La circostanza che taluni obblighi imposti ai *gatekeeper* siano autoapplicativi ed altri invece possano eventualmente richiedere, per il loro rispetto, di un dialogo con la Commissione non giustifica la suddivisione operata. Si potrebbe ad esempio classificare gli obblighi secondo la tipologia di pratiche che intendono disciplinare e individuare in una norma *ad hoc* quali di questi obblighi siano suscettibili di un intervento di specificazione da parte della Commissione. Ciò consentirebbe di correggere alcune opinabili soluzioni classificatorie. Ad esempio, molti obblighi, contenuti sia nell'art. 5 che nell'art. 6, hanno ad oggetto il divieto di pratiche leganti (art. 5, lett. c), e), f); art. 6, lett. b), c), e), f)), che condividono la stessa natura anticoncorrenziale, sebbene possano essere declinate nella forma della vendita abbinata ovvero della vendita aggregata. Si potrebbe pertanto pensare di collocarle nella stessa norma, probabilmente attraverso disposizioni più complessive e semplificate. Analogo discorso si potrebbe fare per gli obblighi relativi alle pratiche discriminatorie (art. 6, lett. a), d), k)): non sembra vi sia una sostanziale distinzione tra l'appropriazione dei dati dei concorrenti per favorire i propri servizi (lett. a), il posizionamento preferenziale dei propri servizi nelle pagine dei risultati di una ricerca (lett. d), ovvero l'imposizione di condizioni discriminatorie per l'accesso dei concorrenti all'*app store* (lett. k).

L'analisi svolta consente anche di concludere che la Commissione ha impiegato nel DMA una strumentazione concettualmente convenzionale. Come visto, gran parte degli obblighi previsti nel progetto di regolamento è diretto a proibire pratiche che già ricadono nel campo di applicazione

delle norme antitrust, come peraltro dimostrato dal fatto che spesso tali obblighi sono stati modellati sulle fattispecie istruite o in corso di istruzione da parte della Commissione in applicazione degli artt. 101 e 102. Ciò non toglie che la declinazione sistematica dei principi antitrust nel settore digitale effettuata dal DMA abbia prodotto disposizioni innovative nella loro specificità. Ci si riferisce ad esempio all'obbligo imposto ai *gatekeeper* di astenersi dal combinare i dati personali ricavati da diversi servizi del *gatekeeper* stesso e/o di terzi (art. 5, lett. a) che traduce in termini dettagliati il principio della libertà di scelta dei consumatori talvolta evocato, ma spesso solo in termini generici, nella giurisprudenza europea. Ancora è degno di rilievo il diritto alla portabilità dei dati (art. 6, lett. h) che per quanto di evidente natura concorrenziale non trovava precedenti applicativi sulla base degli artt. 101 e 102, ed è stato invece traslato dalla disciplina sulla privacy. Infine, di grande importanza ci sembrano gli obblighi predisposti per garantire l'accesso ai dati da parte dei concorrenti dei *gatekeeper* (art. 6, lett. g), i), j)), accesso che difficilmente sarebbe possibile solo sulla base della dottrina delle *essential facilities*.

In ogni caso, l'articolazione in dettaglio degli obblighi concorrenziali, la precisazione che in taluni casi è necessario l'intervento delle istituzioni pubbliche (la Commissione) per l'identificazione delle condotte concorrenziali e l'individuazione della figura del *gatekeeper* sulla base di parametri qualitativi e quantitativi sufficientemente certi spostano il baricentro della applicazione dei principi di concorrenza da *ex post* ad *ex ante*, ossia dalla concorrenza alla regolamentazione. E ci pare questo l'elemento qualificante e cruciale della proposta di DMA.

