

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DELL'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, Benedetta Minucci

Comitato editoriale BlogDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Mario Barbano, Samuele Barbieri, Nicola Bergamaschi, Federico Ceci,
Andrea Circolo, Erika Colombo, Angela Corra, Angela Corra,
Giuseppe Emanuele Corsaro, Giulia D'Agnone, Alessandra Favi,
Federico Ferri, Marco Gerbaudo, Elena Gualco, Anna Kompatscher,
Miriana Lanotte, Sarah Lattanzi, Irene Marchioro, Claudia Massa,
Benedetta Minucci, Emmanuel Pagano, Gabriella Perotto,
Martina Previatello, Alessandro Rosanò, Gabriele Rugani,
Enrico Tinti, Alessia Voinich

QUADERNI AISDUE

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI STUDIOSI
DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

2023/2

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

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

ISSN 2975-2698

INDICE

Presentazione di Antonio Tizzano 7

Articoli

AMALFITANO C., Mandato di arresto europeo e garanzie di risocializzazione del condannato: tutela anche all'extracomunitario radicato nello Stato di esecuzione, 12 giugno 2023 11

FERRARO F., L'Unione europea fa cadere la scure sulle sovvenzioni estere accentrando il loro controllo nelle mani della Commissione, 24 maggio 2023 37

NASCIMBENE B., Il ruolo della Corte di giustizia nel nuovo sistema creato dall'accordo su un Tribunale unificato dei brevetti, 31 maggio 2023 55

SALESE V., La tutela dei diritti fondamentali e l'operatività dei motivi di non-esecuzione del MAE alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia, 30 giugno 2023 71

Note e commenti

ANRÒ A., Il divieto di simboli religiosi negli uffici del comune e la libertà di religione dei dipendenti pubblici: il punto di vista dell'Avvocato Collins nel caso *OP c. Commune d'Ans* 93

BlogDUE

AMATO A., Chi deve firmare gli accordi internazionali stipulati dall'Unione europea? Brevi note a margine delle conclusioni dell'Avvocato generale Kokott alla causa *Commissione c. Consiglio* (Signature d'accords internationaux), 20 luglio 2023 109

BARBANO M., Sovvenzioni estere distorsive: ambito di applicazione ed *enforcement* settoriale del regolamento (UE), n. 2560/2022, 21 giugno 2023 119

BENASSAI R., <i>Errare humanum est, perseverare autem diabolicum</i> : l'Ungheria continua a violare il diritto dell'Unione europea, 12 luglio 2023	133
D'AGNONE G., Dal nuovo sistema di anonimizzazione delle cause alla digitalizzazione della giustizia europea: quale tutela dei dati personali nello svolgimento dell'attività giurisdizionale da parte della Corte di giustizia UE?, 13 giugno 2023	141
FAUDONE J., The Windsor Framework: a step Forward more stable EU-UK relations?, 4 maggio 2023	147
FERRI F., Intercettazioni telefoniche autorizzate in assenza di motivazione specifica e tutela dei diritti fondamentali: alcune considerazioni critiche sulla sentenza <i>HYA e al.</i> , 9 maggio 2023	155
GERBAUDO M., Temporary Protection: Which Future in The EU Migration Policy?, 3 maggio 2023	165
LANOTTE M., Warsaw does not fulfil, and Luxembourg cuts the sanction in half. It doesn't add up!, 18 luglio 2023	179
LOTTINI A., Risarcimento del danno immateriale a seguito della violazione del regolamento (UE) 2016/679: la sentenza <i>Österreichische Post</i> determina un cambio di paradigma?, 7 luglio 2023	187
MAOLI F., La Corte di giustizia rimuove gli ostacoli pratici alla presentazione di una domanda di ricongiungimento familiare: brevi riflessioni a margine della sentenza <i>Afrin</i> , 30 maggio 2023	197
PESCE C., Le soluzioni della Corte di giustizia alla diatriba tra la Banca europea per gli investimenti e l'ONG <i>ClientEarth</i> : vicenda conclusa, 13 luglio 2023	205
RUGANI G., The European Parliament's Position on the AI Act: a human rights-oriented approach and an attempt to regulate generative AI systems, 13 luglio 2023	215
TRONCONE S., Il diritto dell'Unione europea segna il <i>limes</i> tra i compiti della politica e i poteri delle Autorità di regolazione, 14 luglio 2023	225

PRESENTAZIONE

Il Quaderno 2/23 prosegue la serie delle nostre pubblicazioni, volte a raccogliere i contributi che in vario modo sono offerti all'AISDUE dai suoi associati: da quelli presentati nelle occasioni di incontro organizzate dall'Associazione agli spontanei lavori che gli stessi soci redigono per esercitarsi e misurarsi con le loro prime pubblicazioni.

Si tratta quindi di un florilegio di scritti, di diversa natura e importanza, che meritano però di essere raccolti e pubblicati per testimoniare l'impegno di tutti gli autori a fornire il proprio contributo agli studi del diritto dell'Unione europea, e per questa via anche all'attività dell'AISDUE, che per lo sviluppo in quegli studi si sente impegnata in prima linea.

Speriamo di poter continuare in questa azione e di tenere quindi aperta la porta a quanti con passione ed impegno vorranno proseguire nella ricerca e nello studio di una disciplina alla quale siamo intimamente e strutturalmente legati e nella quale riconosciamo la ragione e l'identità della nostra esistenza associativa.

Forza, dunque, soprattutto ai più giovani, purché con serietà e rigore!

Il Presidente
Antonio Tizzano

Articoli

MANDATO DI ARRESTO EUROPEO
E GARANZIE DI RISOCIALIZZAZIONE DEL CONDANNATO:
TUTELA ANCHE ALL'EXTRACOMUNITARIO RADICATO
NELLO STATO DI ESECUZIONE

Chiara Amalfitano*

SOMMARIO: 1. Premessa: le tappe di un percorso tormentato. – 2. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale. – 3. Le conclusioni dell'avvocato generale. – 4. La sentenza della Corte di giustizia. – 5. Le “ricadute” nell'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia.

1. *Premessa: le tappe di un percorso tormentato*

Tra i motivi di non esecuzione facoltativa di un mandato d'arresto europeo (MAE) l'art. 4, n. 6, della decisione quadro (DQ) 2002/584/GAI¹ annovera quello che consente di non eseguire un MAE esecutivo emesso nei confronti di un cittadino dello Stato membro di esecuzione o di soggetto che ivi risiede o dimora, a condizione che tale Stato si impegni ad eseguire, conformemente al suo diritto interno, la pena o misura di sicurezza privative della libertà personale.

Il legislatore italiano, nel trasporre tardivamente la DQ MAE con legge 22 aprile 2005, n. 69², aveva predisposto tale garanzia soltanto a favore dei cittadini, escludendo dalla sfera di operatività della previsione – finalizzata ad assicurare il reinserimento sociale del condannato dopo l'espiazione della

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano. Lo scritto è dedicato al professor Giuseppe Tesauro, giudice redattore della sentenza della Corte costituzionale n. 227/2010 (su cui *infra*), per le ragioni illustrate in C. AMALFITANO, *Il Professor Tesauro e la sentenza n. 227/2010 della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Giuseppe Tesauro, un uomo, un europeista. Atti del convegno in memoria, Napoli, 1-2 luglio 2022*, Napoli, 2023, p. 155 ss., scaricabile al seguente indirizzo www.aisdue.eu/giuseppe-tesauro-un-uomo-un-europeista-atti-del-convegno-in-memoria-napoli-1-2-luglio-2022/.

¹ In *GUCE*, 18 luglio 2002, L 190, p. 1.

² La legge – che contiene Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri – è pubblicata in *GURI*, 29 aprile 2005, n. 98.

pena – le persone ricercate che, pur residenti o dimoranti in Italia, non avessero la cittadinanza italiana (v. art. 18, comma 1, lett. *r*). La scelta del nostro legislatore è stata censurata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 227/2010³, seppur limitatamente – ma diversamente non avrebbe potuto essere alla luce delle fattispecie oggetto delle ordinanze di rimessione della Corte di cassazione⁴ – alla posizione dei cittadini di altri Stati membri dell’Unione europea legittimamente ed effettivamente residenti o dimoranti in Italia, che sono stati così assimilati, quanto alla garanzia in parola, ai cittadini italiani⁵.

Il legislatore delegante è poi intervenuto nel 2019 a codificare nel testo della legge n. 69/2005 la soluzione di cui alla pronuncia additiva della Corte costituzionale⁶. Continuano, tuttavia, a restare esclusi dalla garanzia in parola – anche dopo le modifiche apportate alla legge del 2005 dal legislatore delegato nel 2021⁷ – gli extracomunitari pur residenti o dimoranti in Italia,

³ Sentenza della Corte costituzionale del 24 giugno 2010, n. 227, ECLI:IT:COST:2010:227.

⁴ In uno con il fatto che l’art. 18 TFUE, di cui anche si configurava la violazione, sancisce, come noto, il divieto di non discriminazione in base alla nazionalità solo tra cittadini degli Stati membri dell’Unione europea.

⁵ La Consulta ha infatti ritenuto costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., l’art. 18, comma 1, lett. *r*, legge n. 69/2005, nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell’Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, subordinatamente all’esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno. Per un commento alla sentenza n. 227/2010 sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Il mandato d’arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2011, p. 183 ss.

⁶ V. legge 4 ottobre 2019, n. 117 (legge di delegazione europea 2018), in *GURI*, 18 ottobre 2019, n. 245, il cui art. 6 aveva modificato l’art. 18 della legge n. 69/2005, stabilendo al nuovo art. 18-*bis*, comma 1, lett. *c*, che la Corte di appello può rifiutare la consegna “se il mandato d’arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, qualora la persona ricercata sia cittadino italiano o cittadino di altro Stato membro dell’Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, sempre che la corte di appello disponga che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno”.

⁷ V. il d. lgs. 2 febbraio 2021, n. 10, in *GURI*, 5 febbraio 2021, n. 30, su cui v., per tutti, M. BARGIS, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10: una prima lettura*, in *Sistema penale*, n. 3, 2021, p. 63 ss.; V. PICCIOTTI, *La riforma del mandato di arresto europeo. Note di sintesi a margine del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10*, in *La legislazione penale*, 12 aprile 2021; S. MONTALDO, L. GROSSIO, *La riforma della disciplina di recepimento del mandato di arresto europeo: il nuovo assetto dei limiti all’esecuzione della richiesta di consegna*, in *fsjeurostudies.eu*, n. 3, 2021, p. 95 ss.

con un persistente disallineamento tra il motivo di rifiuto di esecuzione del MAE delineato nel nostro ordinamento e l'art. 4, punto 6, DQ MAE, che pone sullo stesso piano cittadini, residenti e dimoranti in uno Stato membro, senza alcun riferimento allo *status civitatis* di queste due ultime categorie di soggetti. E – pare opportuno ricordarlo non solo ai fini del giudizio qui esaminato, ma anche in vista di un futuro intervento del legislatore italiano per “recepire” le indicazioni della Corte di giustizia (anche lato esecuzione di MAE processuale, *ex art.* 19 della legge n. 69/2005⁸) – la testé menzionata novella del 2021 ha limitato la concessione della garanzia in parola (rifiuto della esecuzione di MAE per scontare la pena in Italia) ai cittadini di altri Stati membri che risiedano o dimorino in Italia da almeno cinque anni⁹ (coerentemente, peraltro, con quanto ritenuto legittimo dalla Corte di giustizia nella sentenza *Wolzenburg*¹⁰).

La persistente lacuna¹¹ della nostra normativa di attuazione della DQ

⁸ Nella formulazione originaria, tale disposizione prevedeva che rispetto ad un MAE processuale la consegna del ricercato per lo svolgimento del processo nello Stato di emissione potesse subordinarsi (in linea con quanto disposto dall'art. 5, n. 3, della DQ MAE) alla riconsegna in Italia per l'esecuzione della pena (eventualmente comminata), a prescindere dallo *status civitatis* del consegnando, e dunque non soltanto se si trattava di cittadino ma anche di residente o dimorante in Italia, fosse esso comunitario o extracomunitario. Con le modifiche introdotte dal d. lgs. n. 10/2021, la garanzia in parola viene riservata, oltre che ai cittadini italiani, ai soli cittadini comunitari che presentino un radicamento stabile e continuativo con il territorio italiano: v. *infra*, nota 19.

⁹ V. il nuovo art. 18 *bis*, comma 2, della legge n. 69/2005 (modificata dal d. lgs. n. 10/2021) stabilisce infatti che “[q]uando il mandato di arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, la corte di appello può rifiutare la consegna della persona ricercata che sia cittadino italiano o cittadino di altro Stato membro dell'Unione europea legittimamente ed effettivamente *residente o dimorante nel territorio italiano da almeno cinque anni*, sempre che disponga che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno” (corsivo aggiunto).

¹⁰ Sentenza della Corte del 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*. Il giudice del Kirchberg ha ivi ritenuto legittima una legge nazionale (nel caso, quella dei Paesi Bassi) che subordina l'applicazione del motivo di rifiuto, in caso di soggetti cittadini di altri Stati membri, al soggiorno legale e continuativo per cinque anni sul proprio territorio.

¹¹ Tale, personalmente, la ho sempre ritenuta: v. in particolare le osservazioni in C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato d'arresto europeo ed extracomunitario residente o dimorante in Italia: ancora nessuna tutela da parte della Corte costituzionale (né del legislatore)*, Nota a Corte cost., ord. 1° aprile 2021, n. 60, Pres. Coraggio, Red. Viganò, in *Sistema penale*, n. 10, 2021, p. 5 ss.; ma anche già in C. AMALFITANO, *Il mandato d'arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, cit.

MAE con riguardo agli extracomunitari residenti/dimoranti in Italia è stata oggetto di una questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Corte di cassazione, già nel febbraio 2020¹², ovvero prima che fosse sottoposta alla Consulta la questione nel giudizio esaminato in queste pagine. Tuttavia, specie in considerazione delle consistenti modifiche apportate alla legge n. 69/2005 con la citata legge di delegazione europea del 2019 prima e con il decreto legislativo delegato del 2021 poi¹³, il giudice delle leggi – con ordinanza n. 60/2021¹⁴ – ha preferito restituire gli atti al giudice *a quo*. Il Supremo Collegio, evidentemente animato, nella sua decisione, dall'esigenza di assicurare comunque tutela al destinatario del MAE, ha finito con il ritenere operativa anche rispetto all'extracomunitario la garanzia in parola, seppur con una interpretazione dello *ius superviens* in combinato con il dettato normativo preesistente non del tutto condivisibile (non per il risultato cui giunge, quanto per l'*iter* argomentativo seguito)¹⁵.

2. *L'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale*

Un analogo incidente di legittimità costituzionale sul profilo ancora controverso del motivo di rifiuto in parola e sempre nella sua formulazione "originaria", ovvero non ancora limitata nella sua operatività temporale dal legislatore delegato, è stato promosso nell'ottobre 2020 anche dalla Corte d'appello di Bologna¹⁶. La scarna ordinanza di rimessione del giudice emiliano verte, infatti, sulla legittimità costituzionale dell'art. 18-*bis*, comma 1, lett. *c*, della legge n. 69/2005¹⁷, nella misura in cui, non consentendo il rifiuto

¹² Cass., sez. VI, ordinanza del 4 febbraio 2020, n. 10371/20, in *DeJure*.

¹³ V. *supra*, note 6 e 7.

¹⁴ Ordinanza della Corte costituzionale del 1° aprile 2021, n. 60, ECLI:IT:COST:2021:60.

¹⁵ V. Cass., sez. VI, 1° ottobre 2021, n. 35953/21, in *DeJure*. Sulle perplessità suscitate da tale decisione della Corte di cassazione e così sulla richiamata ordinanza n. 60/2021 della Corte costituzionale, in uno con le ampie modifiche apportate alla legge n. 69/2005 da legislatore delegante (con la citata legge n. 117/2019, c.d. legge di delegazione europea 2018) e delegato (con il citato d. lgs. n. 10/2021), v. C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato d'arresto europeo ed extracomunitario residente o dimorante in Italia*, cit.

¹⁶ Corte app. Bologna, sez. I penale, ordinanza 27 ottobre 2020, Pres. Est. Ghedini, in *GURI*, 1ª Serie Speciale, 14 aprile 2021, n. 15, p. 51.

¹⁷ Quale modificata dalla legge di delegazione europea 2018: v. *supra*, nota 6.

facoltativo della consegna del cittadino di uno Stato terzo, stabilmente residente o dimorante in Italia, non assicurerebbe una tutela adeguata della vita familiare, in contrasto con gli artt. 2 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU e all'art. 17, par. 1, Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché con gli artt. 11 e 117 Cost., in riferimento all'art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CdfUE)¹⁸. L'illegittimità della disposizione censurata deriverebbe dalla parziale ingiustificata attuazione dell'art. 4, n. 6, DQ MAE, trasposto in modo da escluderne *tout court* l'applicazione al soggiornante o dimorante non "comunitario".

La Consulta, in un esame della fattispecie ben più approfondito di quello effettuato dal giudice rimettente, ha rilevato quattro profili di illegittimità costituzionale della normativa interna controversa, sostanzialmente ricalcando le censure che le erano state rivolte già dalla Corte di cassazione nella menzionata ordinanza del febbraio 2020, con riferimento a: (i) gli artt. 11 e 117 Cost., per l'inesatta trasposizione della DQ MAE; (ii) l'art. 27, co. 3, Cost., per la violazione del principio della finalità rieducativa della pena; (iii) gli artt. 2 e 117 Cost., con riguardo alla tutela della vita familiare; (iv) l'art. 3 Cost., per la disparità di trattamento derivante dal raffronto tra l'art. 18-bis, comma 1, lett. c, e l'art. 19, comma 1, lett. c, legge n. 69/2005, che (per come allora formulato, ovvero prima delle modifiche apportate dal legislatore delegato nel 2021) rispetto al MAE processuale consentiva di procedere alla consegna del ricercato per lo svolgimento del processo nello Stato di emissione subordinatamente alla riconsegna in Italia per l'esecuzione della pena (eventualmente comminata), a prescindere dallo *status civitatis* del consegnando, e dunque non soltanto se si trattava di cittadino ma anche di residente o dimorante in Italia¹⁹.

¹⁸ Si noti che nel dispositivo dell'ordinanza compaiono quali parametri di costituzionalità anche gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., senza tuttavia che sia condotto nel merito alcun esame in ordine all'illegittimità costituzionale rispetto ad essi.

¹⁹ Con le modifiche introdotte dal d. lgs. n. 10/2021, la garanzia in parola è riservata, come accennato, ai soli cittadini comunitari che presentino un radicamento stabile e continuativo con il territorio italiano. Infatti, l'art. 19, comma 1, lett. b, della legge n. 69/2005 oggi recita: "L'esecuzione del mandato d'arresto europeo da parte dell'autorità giudiziaria italiana, nei casi sotto elencati, è subordinata alle seguenti condizioni: [...] b) se il mandato di arresto europeo è stato emesso *ai fini di un'azione penale nei confronti di cittadino italiano o di cittadino di altro Stato membro dell'Unione europea legittimamente ed effettivamente residente nel territorio italiano da almeno cinque anni*, l'esecuzione del mandato è subordinata alla condizione che la persona, dopo essere stata sottoposta al processo, sia rinviata nello Stato italiano per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà personale eventualmente applicate nei suoi confronti nello Stato membro di emissione" (corsivi aggiunti).

Il giudice delle leggi, quindi, diversamente da quanto accaduto nel caso risolto con la citata ordinanza n. 60/2021, ha potuto desumere dal fascicolo processuale che il consegnando nel caso in esame è un soggetto extracomunitario (cittadino moldavo) presente in Italia da più di cinque anni (parametro temporale che, come visto, ha assunto rilievo – seppur limitatamente ai cittadini comunitari – in base alle modifiche legislative del 2021) e ivi stabilmente convive con una donna residente in Italia e con il figlio dodicenne. Esso ha altresì rilevato che anche nella nuova disciplina introdotta nel 2021 è impedito all'autorità giudiziaria rifiutare la consegna di cittadini di Stati terzi, destinatari di MAE esecutivo, che dimorino o risiedano in Italia²⁰. Perciò, posto che l'accoglimento della questione di legittimità dell'art. 18-*bis*, comma 1, lett. *c*, legge n. 69/2005, anche nella sua formulazione previgente, implicherebbe la possibilità, per la Corte d'appello, di rifiutare la consegna e disporre l'esecuzione della pena in Italia, e considerata “la necessità di pervenire al più presto a una complessiva chiarificazione, nell'ordinamento italiano e nell'intero spazio giuridico dell'Unione, circa i possibili legittimi motivi di rifiuto dell'esecuzione di mandati di arresto europei ai fini dell'esecuzione della pena relativi a cittadini di paesi terzi”²¹, la Corte costituzionale

²⁰ Perplessità rispetto al tenore letterale dell'art. 18-*bis*, comma 2, della legge n. 69/2005 (quale modificato dal d. lgs. n. 10/2021) nella misura in cui non contempla gli extracomunitari tra i soggetti cui può applicarsi il motivo ostativo in esame sono rinvenibili anche in una sentenza della Corte di cassazione di maggio 2021 in cui, pur dichiarandosi manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione in parola in relazione agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., nella parte in cui esclude dal beneficio del rifiuto facoltativo della consegna i cittadini di altro Stato membro UE che non abbiano maturato una permanenza sul territorio italiano di almeno cinque anni, evidenzia come tale giudizio non sia assoluto, facendo “salva ogni considerazione relativa al diverso profilo che involge l'omessa previsione della posizione del cittadino di uno Stato non membro dell'Unione europea”: v. Cass., sez. VI, 6 maggio 2021, n. 18124/21, punto 5, in *DeJure*, su cui v. V. PICCIOTTI, *Una nuova pronuncia della Cassazione sulla riforma del mandato di arresto europeo: manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale sul rifiuto di consegna del cittadino UE residente in Italia (art. 18-bis, co. 2, legge n. 69 del 2005)*, in *Sistema penale*, 4 giugno 2021.

²¹ V. ordinanza della Corte costituzionale del 18 novembre 2021, n. 217, ECLI:IT:COST:217, punto 5 del considerato in diritto. Su tale ordinanza di rinvio pregiudiziale, che ha dato vita alla causa C-700/21 – e su quella “gemella” n. 216/2021 (che ha dato vita alla causa C-699/21, decisa dalla Corte di giustizia con sentenza 18 aprile 2023, E.D.L.) – v. C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, Nota a Corte cost., ordd. 18 novembre 2021, nn. 216 e 217, Pres. Coraggio, Red. Viganò, in *Sistema penale*, n. 1, 2022, p. 5 ss.; S. BARBIERI, *La “restaurazione” del giudice penale e la “garanzia” della Consulta: in margine alle ordinanze n. 216 e n. 217 del 2021*, in *Sidiblog*, 7 dicembre 2021; A. DAMATO, *Mandato d'arresto europeo*

ha deciso di non restituire gli atti al giudice *a quo* e di sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Evidenziando l'elemento differenziante rispetto alle fattispecie già vagliate dal giudice del Kirchberg – *i.e.*, nel caso in esame rileva una disciplina nazionale di trasposizione dell'art. 4, n. 6, DQ MAE che esclude in modo assoluto e automatico l'applicazione del motivo di rifiuto nei confronti di cittadini di Paesi terzi dimoranti o residenti sul territorio di uno Stato membro, mentre la Corte di giustizia si è ad oggi pronunciata soltanto rispetto a discipline nazionali aventi ad oggetto MAE emessi nei confronti di cittadini dell'Unione europea²² – la Corte costituzionale ha quindi formulato due quesiti pregiudiziali, chiedendo alla Corte di giustizia (*i*) se l'art. 4, n. 6, DQ MAE, interpretato alla luce dell'art. 1, par. 3, DQ MAE e dell'art. 7 CdfUE, osti a una disciplina, quale quella italiana, che precluda in modo assoluto e automatico all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di rifiutare la consegna di cittadini di Stati terzi che dimorino o risiedano nel proprio territorio, a prescindere dai legami ivi instaurati; (*ii*) e, in caso di risposta affermativa al primo quesito, di indicare i requisiti in base ai quali valutare il radicamento del soggetto e dalla cui sussistenza deve discendere il rifiuto dell'esecuzione del MAE.

3. *Le conclusioni dell'avvocato generale*

La causa è stata sottoposta a trattamento prioritario²³ e, dopo l'udienza

e diritti fondamentali: le ordinanze n. 216/2021 e n. 217/2021 della Corte costituzionale, in *I Post di AISDUE*, 22 gennaio 2022; S. MONTALDO, S. GIUDICI, *Nuove opportunità di tutela degli individui nel sistema del mandato d'arresto europeo: le ordinanze 216 e 217 del 2021 della Corte costituzionale*, in *La Legislazione penale*, 27 marzo 2022.

²² V., in particolare, sentenza della Corte del 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, in cui sono state chiarite le nozioni di residente (colui che abbia collocato la propria residenza effettiva nello Stato di esecuzione) e di dimorante (colui che, pur non essendo residente, abbia soggiornato stabilmente nello Stato di esecuzione, in modo da instaurare legami analoghi, con quel territorio, a quelli del residente); la citata sentenza *Wolzenburg*, in cui si è stabilito che gli Stati membri hanno la facoltà di restringere le situazioni nelle quali il motivo ostativo in parola è invocato, purché le distinzioni siano proporzionate e ragionevolmente giustificate; la sentenza del 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*, in cui si è affermato che una legislazione interna non può escludere l'applicazione dell'art. 4, n. 6, DQ MAE ai cittadini di Stati membri diversi dal proprio che dimorino o risiedano sul territorio nazionale, a prescindere da qualsiasi valutazione sui legami instaurati.

²³ Ai sensi dell'art. 53, par. 3, del regolamento di procedura della Corte (RP CG), e

svoltasi l'11 ottobre 2022, l'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona ha presentato le proprie conclusioni il 15 dicembre 2022²⁴.

Rispetto al primo quesito, il ragionamento dell'avvocato generale si snoda nell'esame: (a) del potere discrezionale degli Stati nell'attuazione dell'art. 4, n. 6, DQ MAE; (b) dell'interpretazione di questo articolo dal punto di vista del diritto all'uguaglianza; (c) dell'eventuale incidenza – per fornire una risposta al giudice *a quo* – di altri diritti fondamentali tutelati dalla CdfUE²⁵.

Con riguardo alla discrezionalità degli Stati membri nell'attuare i motivi facoltativi di non esecuzione di un MAE, l'avvocato generale – in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia – ha ricordato come essi sono liberi di non recepirli (con la conseguenza che l'autorità giudiziaria nazionale non potrà rifiutare l'esecuzione di un MAE), ma che, laddove decidano di trasporli, devono rispettare i diritti fondamentali e la formulazione della disposizione rilevante, la finalità che essa persegue e il contesto in cui essa si colloca. L'art. 4, n. 6, della DQ MAE non dà alcun rilievo alla cittadinanza del soggetto ricercato, ponendo residenti e dimoranti sullo stesso piano dei cittadini dello Stato di esecuzione del MAE; esso mira ad accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena a cui è stata condannata; e la stessa *ratio* (e vocazione inclusiva, a prescindere dalla cittadinanza del condannato) è sottesa alla decisione quadro 2008/909/GAI²⁶ (richiamata anche dalla Corte costituzionale nell'ordinanza

tenendo conto dell'importanza delle questioni sollevate, ma respingendo la richiesta formulata dalla Corte costituzionale di sottoporre il rinvio pregiudiziale a procedimento accelerato *ex art. 105 RPCG*. Come si legge ai punti 27-28 della sentenza della Corte di giustizia (6 giugno 2023, causa C-700/21, *O.G.*), infatti, “secondo costante giurisprudenza, l'applicazione del procedimento accelerato non dipende dalla natura, in quanto tale, della controversia, bensì dalle circostanze eccezionali proprie del caso di specie, le quali devono dimostrare l'urgenza straordinaria di statuire su tali questioni. [...] la circostanza che la causa verta su uno o più aspetti essenziali del meccanismo di consegna istituito dalla decisione quadro 2002/584 non costituisce una ragione che dimostra un'urgenza straordinaria, com'è invece necessario per giustificare un trattamento accelerato. Lo stesso dicasi per la circostanza che un numero rilevante di soggetti sia potenzialmente interessato dalle questioni sollevate”.

²⁴ V. sentenza *O.G.*, cit.

²⁵ V. conclusioni alla causa *O.G.*, cit., punti 27-57.

²⁶ Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, in *GUUE*, 5 dicembre 2008, L 327, p. 27.

di rinvio pregiudiziale²⁷), che (ai sensi del suo art. 25) deve trovare applicazione per dare esecuzione alle pene nei casi rientranti nell'art. 4, n. 6, DQ MAE.

Con riguardo al secondo profilo (sub *b*), il ragionamento dell'avvocato generale pare quasi *tranchant* nella sua estrema sinteticità. Pur riconoscendo che lo *status* giuridico dei cittadini di paesi terzi non può essere equiparato, in generale, a quello dei cittadini degli Stati membri, egli – partendo dalla considerazione che la differenza di trattamento tra i primi e i secondi non può (pre)valere quando lo stesso diritto derivato dell'Unione prevede, esplicitamente o implicitamente, un regime uniforme per entrambe le categorie – ha concluso nel senso che occorre assicurare il principio di uguaglianza di cui all'art. 20 CdfUE e all'art. 2 TUE, che confermano (al pari dei rilievi di cui al primo profilo sopra esaminato) che la normativa italiana di recepimento del motivo ostativo in questione non è compatibile con l'art. 4, n. 6, DQ MAE, comprensivo (come visto) non solo dei cittadini dello Stato di esecuzione, ma anche dei soggetti ivi residenti o dimoranti. Il potere discrezionale in sede di recepimento di tale motivo ostativo non può, infatti, tradursi in regole che trattano i cittadini di paesi terzi in modo peggiore rispetto ai cittadini di uno Stato membro. Come rilevato anche dalla Commissione in giudizio, in base alla *ratio* sottesa alla previsione in esame, la situazione di un cittadino di un paese terzo che risiede effettivamente nello Stato di esecuzione è comparabile a quella di un cittadino di uno Stato membro e la residenza, stabile ed effettiva, di un cittadino di un paese terzo implica, in linea di principio, un grado di inserimento nel paese in cui dimora equivalente a quello dei cittadini di quest'ultimo, idoneo a facilitarne il reinserimento sociale dopo avervi scontato la pena detentiva cui è stata condannato. Ne consegue, con riguardo al terzo profilo (sub *c*), che l'avvocato generale ha ritenuto non necessario esaminare la rilevanza di altri diritti (in specie quelli alla vita privata e familiare, anche nella prospettiva del minore, ovvero gli artt. 7 e 24, par. 3, CdfUE) – su cui si era diffusamente concentrata la Corte costituzionale nella sua ordinanza di rinvio pregiudiziale²⁸ – per valu-

²⁷ La Corte costituzionale ha in particolare posto l'accento sul considerando n. 7 della DQ 200/909/GAI, che pare ricomprendere nella sfera di operatività del meccanismo di cooperazione anche gli individui non cittadini dell'Unione, in quanto si fa ivi riferimento a un mero dato fattuale (il luogo ove il condannato vive e soggiorna da almeno cinque anni legalmente e ove manterrà un diritto di soggiorno permanente), senza menzionare lo *status civitatis*.

²⁸ Al fine di valorizzare i legami instaurati con il tessuto sociale locale quale parametro

tare la compatibilità della norma interna con quella dell'Unione, pur rilevando che è indubbio che è più facile per il condannato coltivare i propri legami familiari nello Stato in cui si trova il centro dei suoi interessi vitali, ovvero nello Stato di residenza effettiva.

Con riferimento al secondo quesito pregiudiziale²⁹, l'avvocato generale ha innanzitutto ricordato che, una volta recepito da parte del legislatore nazionale il motivo facoltativo di non esecuzione del MAE, l'autorità giudiziaria deve poter valutare, caso per caso, se sono soddisfatte le condizioni di cui al motivo facoltativo in questione e quindi poter decidere discrezionalmente se rifiutare o meno l'esecuzione³⁰, valutando il "legittimo interesse" ad eseguire la pena nello Stato di esecuzione del MAE (che diventerebbe Stato di esecuzione della pena), alla luce delle effettive possibilità di reinserimento sociale del condannato.

L'avvocato generale ha, quindi, preso in esame i criteri che devono essere tenuti in considerazione dall'autorità giudiziaria volta a volta competente per decidere il caso sottoposto alla sua attenzione, richiamando anche qui le indicazioni di cui alla DQ 2008/909 e, altresì, la giurisprudenza relativa al radicamento stabile ed effettivo dei cittadini comunitari nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza³¹, giurisprudenza che

da contemperare con le istanze di sicurezza e di tutela dell'ordine pubblico poste a fondamento della decisione di allontanamento, la Consulta ha richiamato nella sua ordinanza di rinvio pregiudiziale anche 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 (in *GUUE*, 23 gennaio 2004, L 16, p. 44), in particolare l'art. 12, par. 4, che impone all'autorità di verificare, in caso di allontanamento di un soggiornante di lungo periodo, in caso di minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica, la durata del soggiorno (lett. *a*), le conseguenze per l'interessato e i familiari (lett. *c*) nonché i vincoli con il paese di soggiorno (lett. *d*), e la direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare (in *GUUE*, 3 ottobre 2003, L 251, p. 12), il cui art. 17 impone agli Stati membri, in caso di allontanamento del soggiornante o dei suoi familiari, di prendere nella dovuta considerazione la natura e la solidità dei vincoli familiari della persona, nonché la durata del soggiorno. Essa ha altresì richiamato la giurisprudenza della Corte EDU (da ultimo, sentenza del 24 novembre 2020, ric. n. 80343/17, *Unuane c. Regno Unito*, in *budoc.echr.coe.int* e giurisprudenza ivi citata), che ha riconosciuto che un *vulnus* del diritto alla vita privata e familiare può conseguire alle decisioni di allontanamento di uno straniero dal territorio nazionale nel quale questi abbia instaurato significativi rapporti sociali, familiari, lavorativi e affettivi.

²⁹ V. conclusioni alla causa *O.G.*, cit., punti 58-78.

³⁰ V. già sentenza della Corte del 29 giugno 2017, causa C-579/15, *Popławski*, punti 21 e 23.

³¹ V. in particolare la giurisprudenza richiamata *supra* alla nota 22.

deve applicarsi (e diversamente non potrebbe essere visto il ragionamento sopra svolto) anche ai fini di verificare il legame dell'extracomunitario con lo Stato membro di esecuzione. Alla luce dei criteri rilevanti – tra cui figurano (l'elenco non deve considerarsi esaustivo) “la durata di soggiorno precedente, la natura e la solidità dei vincoli familiari della persona ricercata nello Stato membro di esecuzione (unitamente, se del caso, all'assenza di questi stessi vincoli nel paese d'origine), il suo grado di integrazione e i legami linguistici, culturali, lavorativi, sociali o economici che ha instaurato in tale Stato membro”³² –, l'esecuzione può (*rectius*, dovrebbe a quel punto) essere rifiutata se il livello di inserimento è tale per cui le probabilità di reinserimento del condannato sono significativamente più favorevoli nello Stato membro di esecuzione che in quello di emissione.

Da tutto quanto precede, l'avvocato generale ha concluso la propria analisi suggerendo alla Corte di giustizia di risolvere i quesiti pregiudiziali ad essa sottoposti nel senso che (i) l'art. 4, n. 6 della DQ MAE dev'essere interpretato nel senso che “osta a una normativa nazionale che, dopo avere scelto di recepire il corrispondente motivo di non esecuzione facoltativa di un mandato d'arresto europeo ai fini all'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, *preclude in maniera assoluta alle autorità giudiziarie dell'esecuzione di rifiutare la consegna di cittadini di paesi terzi che dimorino o risiedano sul suo territorio, indipendentemente dai legami che essi presentano con quest'ultimo*”; e che (ii) “[i] *criteri pertinenti per stabilire un legame sufficiente* tra la persona ricercata e lo Stato membro di esecuzione sono tutti quelli che, *valutati nel loro insieme*, consentono di *presumere* che, una volta scontata la pena in detto Stato, *le possibilità di reinserimento* di tale persona, a prescindere dalla sua cittadinanza, siano maggiori che nello Stato membro di emissione. *La precedente durata del soggiorno, la natura e le condizioni di soggiorno della persona ricercata, nonché i suoi legami familiari, linguistici, culturali, lavorativi, sociali ed economici con lo Stato membro di esecuzione sono elementi che, insieme ad altri, devono essere presi in considerazione*, a tale riguardo, dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione”³³.

4. *La sentenza della Corte di giustizia*

La Corte di giustizia si è pronunciata in Grande Sezione con sentenza

³² V. conclusioni alla causa *O.G.*, cit., punti 77-78.

³³ *Ibidem*, punto 79, corsivi aggiunti.

del 6 giugno 2023³⁴, accogliendo i suggerimenti dell'avvocato generale: nel rilevare la sostanziale incompatibilità della normativa italiana controversa con il motivo ostativo di cui all'art. 4, par. 6, DQ 2002/584, essa fornisce all'autorità giudiziaria chiamata a dare esecuzione al mandato di arresto elementi utili al fine di valutare i legami tra il soggetto ricercato e il territorio dello Stato membro di esecuzione, assicurandogli l'esecuzione della pena o misura di sicurezza in questo Stato nella misura in cui sussista una integrazione tale da far presumere che siffatta esecuzione contribuirà al suo reinserimento sociale, e così soddisfacendo la *ratio* sottesa al motivo ostativo in parola.

Dopo una breve premessa sulle finalità della decisione quadro ed un richiamo alla propria giurisprudenza consolidata in virtù della quale i motivi ostativi all'esecuzione di un MAE sono tassativi e, in quanto eccezioni al funzionamento del meccanismo di cooperazione basato sul principio del reciproco riconoscimento, da interpretare restrittivamente³⁵, la Corte di giustizia ha ricordato – al pari dell'avvocato generale – che gli Stati membri godono di discrezionalità nella trasposizione dei motivi ostativi facoltativi (potendo anche decidere di non recepirli), ma altresì che siffatto margine discrezionale non è illimitato, dovendo essi *in primis* rispettare nella trasposizione – conformemente a quanto disposto dall'art. 1, par. 3, DQ – i diritti e principi fondamentali di cui all'art. 6 TUE³⁶, tra cui figura il principio di uguaglianza dinanzi alla legge.

La Corte di giustizia ha dedicato all'esame del principio e alla verifica della sua violazione una attenzione maggiore di quella riservatagli dall'avvocato generale, che pur sulla base del suo mancato rispetto è giunto alle stesse conclusioni della Corte³⁷. Si tratta, come noto, di principio generale di diritto dell'Unione, che esige che situazioni comparabili non siano trattate in modo diverso e che situazioni diverse non siano trattate allo stesso modo, a meno che un siffatto trattamento non sia obiettivamente giustificato. Esso è oggi sancito dall'art. 20 CdfUE, che – ci ricordano i giudici del Kirchberg – gli Stati membri devono rispettare nell'attuazione del diritto dell'Unione (*ex* art. 51, par. 1, CdfUE) e che, diversamente dall'art. 18, comma 1, TFUE, che non può essere applicato nel caso di un'eventuale disparità di trattamento tra i cittadini degli Stati membri e quelli dei paesi terzi, non prevede

³⁴ V. *supra*, nota 23.

³⁵ V. sentenza della Corte del 6 giugno 2023, causa C-700/21, O.G., punti 31-33.

³⁶ *Ibidem*, punti 35-39.

³⁷ *Ibidem*, punti 40-50.

nessuna limitazione del suo campo d'applicazione e opera, quindi, rispetto a tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione.

Date queste precisazioni, la Corte ha proceduto ad analizzare la comparabilità delle situazioni prese in esame dall'art. 4, par. 6, DQ, con la consapevolezza (attestata da giurisprudenza consolidata) che nei "limiti in cui le situazioni non sono comparabili, una differenza di trattamento delle situazioni in questione non viola l'uguaglianza davanti alla legge sancita dall'articolo 20 della Carta"³⁸.

La Corte ha (pacificamente) rilevato che l'art. 4, par. 6, DQ non prevede alcuna distinzione circa l'operatività del beneficio in parola in base allo *status civitatis* del soggetto ricercato, ponendo sullo stesso piano cittadini dello Stato di esecuzione e altri soggetti, siano o meno cittadini di altri Stati membri. Tale disposizione semplicemente subordina l'operatività del motivo ostativo facoltativo al verificarsi di due condizioni: (i) la persona ricercata deve essere cittadina dello Stato membro di esecuzione o ivi residente o dimorante e (ii) tale Stato si impegna ad eseguire la pena o misura di sicurezza conformemente al proprio diritto interno. Quanto alle nozioni di residenza e dimora, la Corte ha richiamato la propria pregressa giurisprudenza³⁹, rilevando che "il cittadino di un paese terzo che sia destinatario di un [MAE] e che dimori o risieda nello Stato membro di esecuzione si trova in una situazione comparabile a quella del cittadino di tale Stato membro o a quella del cittadino di un altro Stato membro che dimori o risieda in detto Stato membro e che sia destinatario di un siffatto mandato"⁴⁰. Neppure la seconda condizione distingue sulla base della nazionalità del ricercato, limitandosi a rimettere all'autorità giudiziaria precedente la valutazione della sussistenza di un "legittimo interesse" (espressione già impiegata dall'avvocato generale) che giustifichi l'esecuzione della pena nello Stato membro di esecuzione in

³⁸ V. punto 43 della sentenza, dove altresì si legge che "[i]l requisito relativo alla comparabilità delle situazioni, al fine di determinare l'esistenza di una violazione del principio di parità di trattamento, deve essere valutato *alla luce di tutti gli elementi che le caratterizzano* e, in particolare, *alla luce dell'oggetto e dello scopo perseguito dall'atto che istituisce la distinzione di cui trattasi*, fermo restando che devono essere presi in considerazione, a tal fine, i *principi e gli obiettivi del settore in cui rientra tale atto*" (corsivi aggiunti).

³⁹ V. *supra*, nota 22. Tale giurisprudenza è richiamata al punto 47 della sentenza in esame, dove si ricorda che "una persona ricercata "risiede" nello Stato membro di esecuzione qualora abbia ivi stabilito la propria residenza effettiva, e "dimora" in tale Stato qualora, a seguito di un soggiorno stabile di una certa durata nel medesimo, abbia acquisito con tale Stato legami di intensità simile a quella dei legami che si instaurano in caso di residenza".

⁴⁰ V. sentenza O.G., cit., punto 47.

considerazione del fatto che essa soddisfa il reinserimento sociale del condannato dopo che ha scontato la pena e, pertanto, la *ratio* stessa sottesa al motivo facoltativo in questione⁴¹. Ne consegue, nel ragionamento della Corte, che l'art. 4, par. 6, letto alla luce dell'art. 20 CdfUE, non può che essere interpretato nel senso della sostanziale non conformità ad essi di una normativa nazionale che traspone il motivo ostativo trattando i cittadini di Stati terzi in modo diverso dai cittadini dello Stato membro di esecuzione e dai cittadini comunitari ivi residenti o dimoranti, con esclusione assoluta e automatica dal beneficio in parola della prima categoria di soggetti, senza tener in alcuna considerazione il loro grado di integrazione nello Stato di esecuzione⁴². La Corte, peraltro, richiamando la propria pregressa giurisprudenza che ha ritenuto legittima una normativa nazionale che subordina la possibilità di beneficiare della garanzia in parola solo ai cittadini comunitari che abbiano un radicamento stabile e duraturo con il territorio dello Stato di esecuzione⁴³, ha ricordato che è ammissibile anche rispetto agli extracomunitari una scelta del legislatore nazionale che, nel trasporre la DQ, subordina il beneficio al requisito che essi risiedano o dimorino nello Stato di esecuzione in via continuativa per periodo di tempo minimo, “purché tale condizione non ecceda quanto necessario a garantire che la persona ricercata presenti un grado di integrazione certo nello Stato membro di esecuzione”⁴⁴.

La Corte di giustizia ha quindi molto insistito sulla discrezionalità valutativa che la trasposizione deve lasciare all'autorità giudiziaria procedente per consentirle di verificare in concreto se sussistano elementi tali da ritenere che l'esecuzione nello Stato membro “richiesto” possa assicurare la finalità sottesa al motivo ostativo ovvero, come più volte ricordato, il reinserimento sociale del condannato dopo aver scontato la pena, e quindi se sussista quell'interesse legittimo, come detto, a giustificare l'esecuzione della sentenza nel territorio dello Stato. La normativa italiana controversa non consente siffatta valutazione da parte dell'autorità giudiziaria, perché esclude in modo assoluto e automatico gli extracomunitari dal novero dei soggetti che

⁴¹ *Ibidem*, punti 48-50.

⁴² *Ibidem*, punto 51.

⁴³ V. sentenza *Wolzenburg*, cit., dove – come ricordato – la Corte di giustizia ha ritenuto coerente con la DQ MAE la legislazione dei Paesi Bassi che subordina l'applicazione del motivo di rifiuto, in caso di soggetti cittadini di altri Stati membri, al soggiorno legale e continuativo per cinque anni sul proprio territorio.

⁴⁴ V. sentenza *O.G.*, cit., punto 52. Come anticipato (*supra*, § 1) e ci si tornerà *infra* (§ 5), il legislatore italiano delegato ha limitato il beneficio in parola ai soli cittadini comunitari che risiedano o dimorino nel territorio dello Stato da almeno cinque anni.

possono beneficiare della garanzia in esame e anche per tale ragione non è compatibile con il motivo ostativo in parola⁴⁵. Alla luce di tutto quanto precede, la Corte ha pertanto risposto al primo quesito pregiudiziale affermando che l'art. 4, par. 6, DQ MAE, in combinato disposto con il principio di uguaglianza davanti alla legge, sancito all'art. 20 CdfUE, “dev'essere interpretato nel senso che esso *osta a una normativa di uno Stato membro*, volta a trasporre tale articolo 4, punto 6, che *esclude in maniera assoluta e automatica dal beneficio* del motivo di non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo previsto da tale disposizione *qualsiasi cittadino di un paese terzo che dimori o risieda nel territorio di tale Stato membro, senza che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione possa valutare i legami di tale cittadino con detto Stato membro*”⁴⁶.

Con riguardo al secondo quesito pregiudiziale, anche in questo caso al pari dell'avvocato generale, la Corte di giustizia si è soffermata sull'analisi degli elementi idonei a consentire di verificare se sussiste un legame tra il ricercato e il territorio dello Stato tale da escludere la consegna, ovvero, appunto, quell'interesse legittimo che può giustificare l'esecuzione della pena o misura di sicurezza privative della libertà nello Stato di esecuzione, così da soddisfare (forse meglio sarebbe dire perseguire) l'obiettivo del reinserimento sociale del condannato sotteso all'art. 4, par. 6, DQ. A tal proposito, la Corte ha richiamato innanzitutto il considerando n. 9 della citata DQ 2008/909, in base alla quale (ai sensi del suo art. 25) dovrà essere data esecuzione alla sentenza straniera nello Stato quando opera il motivo ostativo in questione: tale considerando elenca, a titolo esemplificativo, una serie di elementi (*i.e.*, l'attaccamento della persona allo Stato membro di esecuzione, la circostanza che tale Stato membro costituisce il centro della sua vita familiare e dei suoi interessi, tenuto conto, in particolare, dei suoi legami familiari, linguistici, culturali, sociali o, ancora, economici con detto Stato) che consentono all'autorità giudiziaria di essere certa che l'esecuzione della pena nello Stato di esecuzione del MAE contribuirà al reinserimento sociale del condannato⁴⁷. La Corte di giustizia – che, anche qui in linea con il ragionamento dell'avvocato generale, non ha esaminato la possibile rilevanza di altri diritti, specie del diritto alla vita familiare, per giustificare la propria risposta al primo quesito pregiudiziale – ha tuttavia posto in evidenza l'importanza

⁴⁵ *Ibidem*, punti 53-57.

⁴⁶ *Ibidem*, punto 58, corsivi aggiunti.

⁴⁷ *Ibidem*, punto 62.

dei legami familiari del ricercato nella determinazione del suo grado di integrazione con lo Stato di esecuzione, affermando che “ove la persona ricercata abbia stabilito il centro della sua vita familiare e dei suoi interessi nello Stato membro di esecuzione, si deve tenere conto del fatto che il reinserimento sociale di tale persona dopo che essa vi ha scontato la sua pena è favorito dal fatto che essa può mantenere contatti regolari e frequenti con la famiglia e i congiunti”⁴⁸. Siffatti elementi – insieme con la natura, la durata e le condizioni di soggiorno nello Stato membro di esecuzione – devono essere valutati già al fine di riscontrare se la persona può considerarsi residente o dimorante in tale Stato⁴⁹ e sono idonei a dimostrare altresì la sussistenza di quell’interesse legittimo che giustifica l’esecuzione nello Stato richiesto ai fini della risocializzazione del condannato. Spetta all’autorità giudiziaria procedente effettuare una valutazione complessiva e concreta di tutti gli elementi volta a volta rilevanti, verificando in particolare se il soggetto ricercato gode dello *status* di soggiornante di lungo periodo di cui alla direttiva 2003/109⁵⁰, dal momento che tale *status* – ai sensi del considerando n. 12 della direttiva – rappresenta “un autentico strumento di integrazione sociale”, e costituisce quindi, secondo la Corte, “un forte indizio del fatto che i legami stabiliti dalla persona ricercata con lo Stato membro di esecuzione sono sufficienti a giustificare il rifiuto di eseguire” il MAE⁵¹.

Alla luce di tutte le considerazioni svolte, i giudici del Kirchberg hanno quindi risposto al secondo quesito pregiudiziale affermando che l’art. 4, par. 6, DQ “dev’essere interpretato nel senso che, per valutare se occorra *rifiutare l’esecuzione* di un [MAE] emesso nei *confronti del cittadino di un paese terzo che dimori o risieda nel territorio dello Stato membro di esecuzione*, l’autorità giudiziaria dell’esecuzione deve procedere a una *valutazione complessiva di tutti gli elementi concreti caratterizzanti la situazione* di tale cittadino, idonei a indicare se esistano, tra quest’ultimo e lo Stato membro di esecuzione, *legami* che dimostrino che egli è *sufficientemente integrato* in tale Stato e che, pertanto, l’esecuzione, in detto Stato membro, della pena o della misura di sicurezza private della libertà pronunciata nei suoi confronti nello Stato membro emittente *contribuirà ad aumentare le sue possibilità di*

⁴⁸ *Ibidem*, punto 64.

⁴⁹ *Ibidem*, punto 66.

⁵⁰ V. *supra*, nota 28.

⁵¹ V. sentenza O.G., cit., punto 67. Si veda anche l’art. 12 della direttiva 2003/109, richiamato dalla Corte costituzionale nella sua ordinanza di rinvio pregiudiziale e il cui contenuto è riprodotto *supra*, alla nota 28.

reinserimento sociale dopo che tale pena o misura di sicurezza sia stata eseguita. *Tra tali elementi vanno annoverati i legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici che il cittadino del paese terzo intrattiene con lo Stato membro di esecuzione, nonché la natura, la durata e le condizioni del suo soggiorno in tale Stato membro*⁵².

5. *Le “ricadute” nell’ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia*

La sentenza della Corte di giustizia è sintetica ed efficace. Efficace specie nell’individuare i criteri che l’autorità giudiziaria procedente – il cui ruolo chiave nella eventuale applicazione del motivo ostativo è ripetutamente evidenziato – deve tenere in considerazione per valutare la sussistenza di quell’interesse legittimo all’esecuzione della pena nello Stato al fine di garantire il reinserimento sociale del condannato. Sintetica – per quanto sia complessivamente un pregio e per quanto l’analisi della Corte sul punto sia più ampia, come già ricordato, di quella dell’avvocato generale – anche nell’impiego (esclusivo) dell’art. 20 CdfUE (e non, come suggerito dal giudice del rinvio, dell’art. 7 CdfUE sul diritto alla vita familiare⁵³) per giustificare la risposta al primo quesito pregiudiziale.

Tra l’altro, sembra la prima volta che il giudice del Kirchberg rileva una violazione di tale previsione in relazione a situazioni (comparabili) aventi ad oggetto cittadini comunitari, da un lato, ed extracomunitari, dall’altro lato. La Corte richiama soltanto due precedenti casi in cui è venuta in rilievo la disposizione in parola per valutare la sussistenza di discriminazioni tra cittadini comunitari e cittadini di Stati terzi: il primo precedente, menzionato al punto 41 della sentenza⁵⁴, non appare pienamente conferente⁵⁵ e la giurisprudenza ivi a sua volta richiamata rileva al solo fine di confermare che le

⁵² *Ibidem*, punto 68.

⁵³ In uno, volendo, con la giurisprudenza della Corte EDU (richiamata *supra*, nota 28), che ha riconosciuto che un *vulnus* del diritto alla vita privata e familiare può conseguire alle decisioni di allontanamento di uno straniero dal territorio nazionale nel quale questi abbia instaurato significativi rapporti sociali, familiari, lavorativi e affettivi, valorizzando pertanto la residenza e il percorso di integrazione dello straniero (seppur) soprattutto con riferimento all’espulsione.

⁵⁴ V. parere della Corte del 30 aprile 2019, 1/17, *Accordo CETA UE-Canada*.

⁵⁵ Il punto 41 della sentenza in commento richiama il punto 171 del citato parere 1/17,

disposizioni della Carta (quindi anche il suo art. 20) si applicano a tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione europea⁵⁶; il secondo, menzionato ai punti 42 e 43 della sentenza, concerne una fattispecie dove le situazioni in cui versavano cittadini comunitari e cittadini di Paesi terzi non erano comparabili e, dunque, non si è riscontrata alcuna violazione dell'art. 20 CdfUE⁵⁷.

Alla luce della risposta fornita dalla Corte di giustizia, la Corte costituzionale non potrà che dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma interna controversa, ovvero – come si ricorderà – dell'art. 18-*bis*, comma 1, lett. *c*, della legge n. 69/2005, nella formulazione applicabile *ratione temporis* dalla Corte d'appello di Bologna, nella misura in cui esclude in modo assoluto ed automatico dal beneficio della esecuzione della pena o misura di sicurezza nel territorio italiano i cittadini extracomunitari ivi legittimamente ed effettivamente residenti o dimoranti, *rectius* – nel linguaggio del nostro

dove si afferma (semplicemente), al pari di quanto affermato nel citato punto 41, che “l'articolo 20 della Carta, il quale dispone che “tutte le persone sono uguali davanti alla legge”, non prevede nessuna limitazione espressa del suo campo d'applicazione e pertanto si applica a tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, come quelle che rientrano nel campo d'applicazione di un accordo internazionale concluso da quest'ultima”. Nel caso relativo all'accordo CETA, il Belgio riteneva che, sulla base dell'art. 20 CdfUE, i diritti riconosciuti ai canadesi che investono nell'Unione (in particolare, il diritto di adire il tribunale CETA) dovessero essere riconosciuti anche agli investitori UE che investono nell'Unione europea. La Corte ha ritenuto che non si trattasse di situazioni analoghe trattate in modo differente. L'analogia ci sarebbe soltanto tra investitori canadesi in UE e investitori UE in Canada e, infatti, ad entrambe le categorie di investitori il CETA riconosce il diritto di adire il tribunale CETA, con la conseguenza che l'art. 20 CdfUE è stato ritenuto non violato.

⁵⁶ La giurisprudenza richiamata al punto 171 del parere 1/17 (ovvero le “sentenze del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C 617/10, EU:C:2013:105, punti da 19 a 21; del 26 settembre 2013, Texdata Software, C 418/11, EU:C:2013:588, punto 72, e del 16 maggio 2017, Berlioz Investment Fund, C 682/15, EU:C:2017:373, punto 49”) verte sulla portata applicativa delle disposizioni della Carta che, come più volte anche qui ricordato, trovano applicazione in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione.

⁵⁷ V. sentenza della Corte del 2 settembre 2021, causa C-930/19, *État belge (Diritto di soggiorno in caso di violenza domestica)*. In questo caso, la violazione rilevata (ma non riscontrata dalla Corte) dell'art. 20 CdfUE concerneva il mantenimento del diritto di soggiorno nel territorio dello Stato membro interessato, da parte dei cittadini di paesi terzi, coniugi di un cittadino dell'Unione, che siano stati vittime di atti di violenza domestica commessi da quest'ultimo e che rientrano nell'ambito della direttiva 2004/38, da un lato, e i cittadini di paesi terzi, coniugi di un cittadino anch'esso di un paese terzo, che sono stati vittime di atti di violenza domestica commessi da quest'ultimo e che rientrano nell'ambito della direttiva 2003/86, dall'altro lato.

giudice delle leggi – “nella parte in cui non prevede il beneficio in parola anche per i soggetti testé menzionati”. La sentenza additiva della Consulta completerà così il percorso dalla stessa intrapreso nel lontano 2010, con la richiamata sentenza n. 227, finalmente colmando una lacuna evidente (come detto⁵⁸) della legislazione italiana attuativa della DQ MAE.

Sarà interessante vedere se la Corte costituzionale deciderà anche nel senso della illegittimità consequenziale (*ex art. 27 della legge n. 87/1953*⁵⁹) del nuovo art. 18 *bis*, comma 2, della legge n. 69/2005 (quale modificata, come visto, dal legislatore delegato nel 2021). Quest’ultima disposizione, che – lo si ricorda – limita l’applicabilità della garanzia in questione ai soli cittadini comunitari che siano radicati nel territorio italiano da almeno cinque anni (coerentemente con la richiamata giurisprudenza *Wolzenburg*), continua ad escludere *tout court* dal beneficio i cittadini extracomunitari. Data la sostanziale identità delle due previsioni (nel non contemplare la garanzia rispetto agli extracomunitari), esigenze di economia processuale (*in primis*) e di certezza del diritto (richiamate peraltro dalla stessa Consulta nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale⁶⁰) potrebbero spingere la Corte costituzionale a dichiarare l’incostituzionalità anche della norma attualmente vigente, “nella misura in cui esclude dal beneficio i cittadini di paesi terzi legittimamente ed effettivamente residenti o dimoranti nel territorio italiano da almeno cinque anni”. Una sorta di “via libera” ad una pronuncia siffatta della Consulta sembra trovarsi nella stessa sentenza della Corte di giustizia che, al punto 52, richiama, come visto, la propria giurisprudenza *Wolzenburg* per confermare la compatibilità con il motivo ostativo in esame di una legislazione nazionale che subordini il beneficio ad un radicamento stabile e continuativo del ricercato nello Stato di esecuzione.

Non si può nascondere che una sentenza che dichiarasse anche la illegittimità consequenziale avrebbe anche una ricaduta positiva nella proce-

⁵⁸ V. *supra*, nota 11.

⁵⁹ Tale disposizione recita: “La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell’impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Essa dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata”. Da ultimo, per pronunce di illegittimità costituzionale consequenziale v., ad esempio, sentenza della Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 112; e del 4 marzo 2022, n. 54.

⁶⁰ V. ordinanza n. 217/2021, cit., punto 5 del considerato in diritto.

dura di infrazione aperta nei confronti dell'Italia per non corretto recepimento della DQ MAE⁶¹, che rischia altrimenti di essere aggravata” (con invio di lettera di messa in mora complementare) a fronte della sentenza in commento. Se la Corte costituzionale sanasse immediatamente la violazione, siffatto rischio potrebbe attenuarsi⁶², benché certo il canale preferenziale per conformarsi alle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia dovrebbe essere (*i.e.*, è e resta) quello normativo, *in primis* lo strumento della legge europea (di cui agli artt. 29 ss. della legge n. 234/2012⁶³).

L'opportunità potrebbe, a questo punto, essere colta dal legislatore che decidesse di avvalersi del percorso di conversione del neo-approvato d.l. salva-infrazioni⁶⁴ (per la prima volta fondato sull'art. 37 della legge n. 234/2012⁶⁵) per sanare la incompatibilità rilevata dalla Corte di giustizia, andando a modificare la formulazione dell'art. 18 *bis*, comma 2, della legge n. 69/2005, così da comprendere nel beneficio in questione anche gli extracomunitari legittimamente ed effettivamente residenti o dimoranti nel territorio italiano da almeno cinque anni⁶⁶.

⁶¹ V. P.I. n. 2020/2278, aperta con invio della lettera di messa in mora in data 3 dicembre 2020 (v. eurinfra.politichecomunitarie.it/ElencoAreaLibera.aspx). Per alcune considerazioni legate ad alcuni passaggi dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 216/2021, che avrebbero potuto agevolare una chiusura della procedura di infrazione v. C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, cit.

⁶² Un aggravamento potrebbe aversi comunque in relazione alla formulazione dell'art. 19, comma 1, lett. *b*, della legge n. 69/2005, su cui v. *infra*.

⁶³ V. legge del 24 dicembre 2012, in *GURI* 4 gennaio 2013, n. 3.

⁶⁴ Del 7 giugno 2023: v. www.politicheeuropee.gov.it/ministro/comunicati-stampa/8-giu-2023-infrazioni/, di imminente pubblicazione in *GURI*.

⁶⁵ Esso dispone che “1. Il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per gli affari europei può proporre al Consiglio dei Ministri l'adozione dei provvedimenti, anche urgenti, diversi dalla legge di delegazione europea e dalla legge europea, necessari a fronte di atti normativi dell'Unione europea o di sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea ovvero dell'avvio di procedure d'infrazione nei confronti dell'Italia che comportano obblighi statali di adeguamento, qualora il termine per provvedervi risulti anteriore alla data di presunta entrata in vigore della legge di delegazione europea o della legge europea relativa all'anno di riferimento. 2. Il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per i rapporti con il Parlamento assume le iniziative necessarie per favorire un tempestivo esame parlamentare dei provvedimenti di cui al comma 1”. Per l'impiego di d.l. salva-infrazioni prima di essere disciplinato dalla legge n. 234/2012 v., ad esempio, il d.l. 11 dicembre 2012, n. 216 e il dl. 8 aprile 2008, n. 59.

⁶⁶ Certo ci si può chiedere se la scelta politica potrebbe anche andare in altra direzione,

Peraltro, se la Consulta si limiterà a dichiarare l'incostituzionalità della sola norma rilevante *ratione temporis* (e oggetto della questione di legittimità costituzionale), e in assenza di un intervento tempestivo del legislatore, è a dir poco scontato che alla prima occasione utile una questione di costituzionalità riguardante il nuovo art. 18 *bis*, comma 2, della legge n. 69/2005 verrebbe sollevata dinanzi al giudice delle leggi; e la sua sentenza sarebbe altrettanto scontata nel contenuto.

In ogni caso, qualsiasi sia la portata della decisione della Corte costituzionale (circostritta al quesito sollevato o tale da “travolgere” la corrispondente norma successiva), spetterà *in primis* alla Corte d'appello di Bologna (giudice rimettente) e quindi alle singole autorità giudiziarie dell'esecuzione (nel nostro ordinamento in prima battuta le corti di appello nel cui distretto il condannato ha la residenza, la dimora o il domicilio nel momento in cui si riceve il MAE⁶⁷) verificare (caso per caso) la sussistenza di elementi che consentano di ritenere che il legame con lo Stato sia legittimo ed effettivo⁶⁸, oltre

ovvero nel senso di eliminare *tout court* il motivo ostativo che, lo si ricorda, ha natura facoltativa (il legislatore che decidesse di non trasporlo non incorrerebbe pertanto in una violazione della DQ). Si è infatti ben consapevoli delle problematiche legate alla tenuta (oltre che ai costi) del sistema penitenziario, destinate ad aumentare a fronte della estensione della garanzia in parola anche ai cittadini degli Stati terzi, con il rischio di violazione di altre previsioni costituzionali e della CEDU in caso di sovraffollamento carcerario. Una soluzione siffatta andrebbe a scapito anche dei cittadini italiani, che tuttavia possono essere estradati in Stati terzi e rispetto ai quali, comunque, non è sempre detto che sussista un reale radicamento con il nostro Paese. In passato, la natura obbligatoria del motivo ostativo in questione consentiva ai cittadini italiani di beneficiare sempre della garanzia in parola, a prescindere dall'effettivo radicamento; oggi, dopo le modifiche del 2021, la Cassazione ha dichiarato che l'operatività del motivo, divenuto facoltativo, non è subordinata alla verifica del radicamento, (ma) nel senso che non spetta al cittadino allegare prove a sostegno dello stesso, anche se pare che anche in tal caso l'autorità giudiziaria possa decidere di consegnarlo o meno solo valutando il suo grado di integrazione e la possibilità effettiva di risocializzazione dopo la condanna (v. Cass., sez. VI, sentenza del 6 febbraio 2023, n. 5233, in *Dejure*). In ogni caso, dal momento che non sembra immaginabile (non almeno nei 60 giorni imposti dalla conversione del d.l.) una scelta volta ad eliminare completamente siffatta garanzia, resta essenziale la valutazione operata dalle autorità giudiziarie delle effettive possibilità di risocializzazione del condannato (comunitario ed extracomunitario).

⁶⁷ V. art. 5, comma 2, della legge n. 69/2005, che al successivo comma 3 stabilisce che “se la competenza non può essere determinata ai sensi del comma 2, è competente la corte di appello di Roma.

⁶⁸ Rispetto al caso in esame, la stessa Corte costituzionale, peraltro, al punto 5 del considerato in diritto dell'ordinanza n. 217/2021, afferma che “[n]on compete a questa Corte la valutazione se tale radicamento possa essere ritenuto stabile ed effettivo, né se la permanenza

che almeno quinquennale (in base alla disciplina più recente), e, pertanto, di quell'interesse legittimo idoneo a giustificare il rifiuto della consegna e l'esecuzione della pena in Italia, e soddisfare l'esigenza di risocializzazione del condannato. Come ricordato, la Corte di giustizia ha enucleato una serie di criteri che devono essere tenuti in considerazione all'uopo, evidenziandone il carattere non esaustivo⁶⁹.

Analoga verifica spetterà alle autorità giudiziarie degli altri Stati membri chiamate a dare esecuzione a MAE, nella misura in cui i rispettivi legislatori, in sede di trasposizione, abbiano recepito il motivo ostativo di cui all'art. 4, n. 6, DQ MAE. E da questo punto di vista non può non rilevarsi la bontà della scelta della nostra Corte costituzionale di sottoporre il quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia, consentendole di interpretare per la prima volta un profilo ancora inesplorato del motivo ostativo in parola e di elaborare criteri ermeneutici e applicativi della DQ valevoli per le autorità giudiziarie di tutti gli Stati membri.

Utilità ed efficacia del metodo dialogico tra Corte costituzionale e Corte di giustizia confermano quanto già avvenuto con l'ordinanza della Consulta n. 216/2021 e la successiva pronuncia dei giudici del Kirchberg nella causa

dell'interessato sul territorio nazionale possa essere ritenuta legittima, tali valutazioni spettando soltanto al giudice del procedimento principale. Le circostanze di fatto esposte dal giudice rimettente consentono, *tuttavia*, di *ipotizzare plausibilmente che, laddove questa Corte dovesse ritenere anche solo in parte fondate le questioni prospettate, la corte d'appello potrebbe decidere, nel giudizio principale, di negare la consegna dell'interessato all'autorità giudiziaria dell'esecuzione e di disporre l'esecuzione in Italia della pena inflittagli in Romania*" (corsivi aggiunti).

⁶⁹ Ci si potrebbe chiedere – specie alla luce delle considerazioni di cui *supra*, nota 66 – se le autorità giudiziarie possano valutare anche il *quantum* di pena da scontare, se si considera che più lunga è la pena detentiva, maggiore potrebbe essere – almeno in astratto – la difficoltà di reinserimento una volta scontata.

C-699/21⁷⁰ e, ancora prima, con l'ordinanza n. 117/2019 e la successiva sentenza in causa C-481/19⁷¹: il giudice delle leggi ha infatti contribuito, anche in quest'ultima vicenda in esame, ad assicurare in tutti gli Stati membri (o almeno in quegli ordinamenti che hanno trasposto la DQ *in parte qua*) una uniforme interpretazione/applicazione del motivo ostativo in discussione e uno standard comune di tutela dei diritti fondamentali, fornendo la lettura corretta di tale motivo.

In attesa del prossimo passaggio dinanzi alla Corte costituzionale di una saga che pare finalmente volgere al termine, almeno lato MAE esecutivo, occorre ricordare che un intervento del legislatore pare oggi necessario, dopo la sentenza della Corte di giustizia, anche rispetto al nuovo art. 19,

⁷⁰ V. *supra*, nota 21. La sentenza della Corte di giustizia *E.D.L.* (cit.), relativa ad un MAE processuale, è particolarmente significativa anche perché, pur ribadendo che i motivi ostativi sono tassativi e da interpretarsi restrittivamente, li integra per via giurisprudenziale, superando il *two steps approach* di cui alla giurisprudenza *Aranyosi e Căldăraru* (5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU): ivi, infatti, pur in assenza di rischio sistematico nello Stato membro di emissione, si ammette (sulla base dell'art. 1, par. 3, e l'art. 23, par. 4, della DQ MAE, letti alla luce dell'articolo 4 CdfUE) il diniego, seppur eccezionale, della consegna del ricercato se – dopo aver acquisito le opportune informazioni, sospendendo nel mentre la procedura – si riscontra che nello Stato membro di emissione non possono essere fornite le stesse garanzie al consegnando che soffre di problemi psichici particolari e necessita di cure specifiche e nel caso di consegna, a fronte delle informazioni acquisite, esso sarebbe sottoposto al rischio reale (e non superabile in un termine ragionevole) “di riduzione significativa della sua aspettativa di vita o di deterioramento rapido, significativo e irrimediabile del suo stato di salute”. Per un sintetico, ma efficace commento v. M. ARANCI, *La tutela della salute può giustificare il rifiuto della consegna del ricercato* (Corte giust., sentenza 18 aprile 2023, causa C-699/21, EDL), in corso di pubblicazione in *Rivista del contenzioso europeo*, giugno 2023.

⁷¹ V. l'ordinanza della Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 117, ECLI:IT:COST:2019:117, che ha dato vita, appunto, alla causa C-481/19, *Consob*, decisa dalla Corte di giustizia con sentenza del 2 febbraio 2021. Sulla vicenda e le due pronunce – che hanno consentito il riconoscimento, da parte della Corte di giustizia, con efficacia dunque negli ordinamenti di tutti gli Stati membri, del diritto al silenzio anche nei procedimenti amministrativi di natura sostanzialmente penale – v., per tutti, M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di giustizia*, in *Sistema penale*, n. 2, 2021, p. 73 ss.; G. HARDY, *Le droit de ne pas s'auto-incriminer versus l'obligation de coopérer avec les autorités publiques : des questions toujours en suspens après l'arrêt Consob*, in *Revue des affaires européennes*, n. 1, 2021, p. 205 ss.

comma 1, lett. *b*, della legge n. 69/2005 nella misura in cui, come accennato⁷², a seguito delle modifiche del 2021, prevede, nel caso di MAE processuale, la garanzia della riconsegna allo Stato italiano dopo lo svolgimento del processo all'estero (nel caso di condanna, sempre con l'obiettivo di assicurare la risocializzazione) per i soli cittadini italiani e comunitari residenti o dimoranti nel territorio italiano da almeno cinque anni, eliminando la tutela per i cittadini di Stati terzi; tutela che invece era assicurata anche ad essi nella versione originaria della disposizione, conformemente a quanto previsto dall'art. 5, n. 3, DQ MAE che – al pari dell'art. 4, n. 6 e con identità di *ratio* – non introduce distinzioni in base alla nazionalità dei ricercati al fine di assicurare la garanzia in parola⁷³.

Anche in questo caso, in assenza di intervento tempestivo del legislatore (il veicolo della legge di conversione del d.l. salva-infrazioni non è da sottovalutare, specie per evitare un aggravamento, come accennato, della procedura di infrazione), è certo che, appena si verificheranno i presupposti di fatto e di diritto, la questione di legittimità costituzionale della disposizione sarà sollevata e la parola tornerà alla Consulta. Quest'ultima potrebbe ragionevolmente dichiarare l'incostituzionalità della norma *de qua* senza più passare dal giudice di Lussemburgo⁷⁴, che già sembra aver fornito con la propria giurisprudenza tutte le coordinate utili per una decisione anche sulla portata applicativa di tale (altro) strumento di garanzia (cui è sottesa la stessa *ratio* del beneficio oggetto della sentenza in commento⁷⁵). Coordinate che, ad ogni modo, potranno essere completate proprio sul punto in discussione dalla pronuncia che la Corte di giustizia è stata chiamata a rendere su rinvio pregiudiziale della Corte d'appello di Lecce, con questioni, "fotocopia" di quelle qui esaminate, relative alla normativa italiana attuativa del testé citato

⁷² *Supra*, nota 19.

⁷³ Peraltro, l'intervento del legislatore potrebbe essere utile (anche alla luce delle considerazioni di cui *supra* alla nota 66) altresì per allineare la disposizione in parola all'art. 5, n. 3, della DQ nella misura in cui quest'ultimo prevede la garanzia come facoltativa, mentre l'art. 19, comma 1, lett. *b*, della legge n. 69/2005 la dispone come obbligatoria (per la formulazione della previsione v. *supra*, nota 19).

⁷⁴ In linea con la nota giurisprudenza *Cilfit* (6 ottobre 1982, causa 283/81), quale più recentemente specificata in *Consorzio Italian Management* (6 ottobre 2021, causa C-561/19).

⁷⁵ V., in particolare, la sentenza della Corte dell'11 marzo 2020, causa C-314/18, *SF*.

art. 5, n. 3, DQ⁷⁶. Pronuncia⁷⁷ che, di per sé sola, non sarebbe comunque idonea a consentire all'autorità giudiziaria la non applicazione della disposizione nazionale ritenuta sostanzialmente incompatibile con il diritto dell'Unione, perché – lo si ricorda – la decisione quadro non è dotata di effetto diretto; e pronuncia che, pertanto, non escluderebbe la necessità di una sentenza di illegittimità costituzionale (in assenza, come detto, di intervento normativo) per assicurare tutela anche ai cittadini degli Stati terzi legittimamente ed effettivamente residenti o dimoranti in Italia da almeno cinque anni⁷⁸.

⁷⁶ V. causa C-636/22, *PY*, dove si chiede alla Corte di giustizia “a) Se l’articolo 5, punto 3, [DQ MAE], interpretato alla luce dell’articolo 1, paragrafo 3, della medesima decisione quadro e dell’articolo 7 [CfdUE], osti a una normativa, come quella italiana, che - nel quadro di una procedura di mandato di arresto europeo finalizzato all’esercizio dell’azione penale - precluda in maniera assoluta e automatica alle autorità giudiziarie di esecuzione di rifiutare la consegna di cittadini di paesi terzi che dimorino o risiedano sul suo territorio, indipendentemente dai legami che essi presentano con quest’ultimo; b) in caso di risposta affermativa alla prima questione, sulla base di quali criteri e presupposti tali legami debbano essere considerati tanto significativi da imporre all’autorità giudiziaria dell’esecuzione di rifiutare la consegna”.

⁷⁷ Volutamente si utilizza il termine “pronuncia” anziché quello di “sentenza” perché non è escluso che la Corte di giustizia decida di statuire sui quesiti pregiudiziali sollevati dalla Corte d’appello di Lecce con ordinanza motivata *ex art.* 99 RP CG, dal momento che – come detto – la soluzione degli stessi sembra chiaramente enucleabile dalla precedente giurisprudenza della Corte.

⁷⁸ Si noti, ancora, che la mera disapplicazione della norma incompatibile implicherebbe un vuoto di tutela anche per le categorie oggi coperte dal beneficio in parola. Come più ampiamente argomentato in C. AMALFITANO, *Il mandato d’arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, cit. (il ragionamento vale qui *mutatis mutandis* rispetto agli extracomunitari), solo una pronuncia additiva della Consulta (al pari di un intervento legislativo) potrebbe assicurare tutela ai soggetti oggi non contemplati dalla disposizione *de qua*.

L'UNIONE EUROPEA FA CADERE LA SCURE
SULLE SOVVENZIONI ESTERE ACCENTRANDO
IL LORO CONTROLLO NELLE MANI DELLA COMMISSIONE

Fabio Ferraro*

SOMMARIO: 1. L'autonomia strategica aperta dell'Unione e l'approvazione del regolamento sulle sovvenzioni estere. – 2. La differente “filosofia” del regolamento sulle sovvenzioni estere rispetto al precedente regolamento IDE e il suo ambito di applicazione *ratione temporis*. – 3. La nozione di sovvenzione estera e la distorsione del mercato interno. – 4. L'esame d'ufficio delle sovvenzioni estere. – 5. *Segue*. Gli altri strumenti di *track & tracing*: il nuovo controllo delle concentrazioni e degli appalti pubblici. – 6. Le prospettive future del sistema accentrato di controllo delle sovvenzioni estere.

1. *L'autonomia strategica aperta dell'Unione e l'approvazione del regolamento sulle sovvenzioni estere*

In considerazione dei cambiamenti dell'ordine economico globale e del nuovo scenario geopolitico, l'Unione europea ha tracciato negli ultimi anni la rotta per una nuova *policy* commerciale basata sulla nozione di “autonomia strategica”¹. In realtà, tale nozione ha acquisito la portata ben più ampia di “autonomia strategica aperta”, al fine di porre in evidenza l'esigenza di trovare un giusto equilibrio tra la tutela degli interessi generali dell'Unione e la vocazione dell'Unione alla cooperazione e al dialogo con gli altri partners internazionali. La declinazione di questa nozione nell'ambito della politica commerciale comune dell'Unione implica il contemperamento

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ La nozione di autonomia strategica dell'Unione si è inizialmente affermata nel campo della politica di sicurezza e di difesa comune. Cfr. J. BORRELL, *Perché l'autonomia strategica europea è importante*, 3 dicembre 2020, consultabile in eas.europa.eu; C. CELLERINO, *La difesa europea dinanzi alla guerra in Ucraina tra “autonomia strategica” e vincoli strutturali: quali prospettive per la Difesa comune?*, in *I Post di AISDUE*, 18 maggio 2022; F. HOFFMEISTER, *Strategic autonomy in the European Union's external relations law*, in *Common Market Law Review*, vol. 60, n. 3, 2023, p. 667 ss.

dell'apertura strategica agli scambi internazionali con l'adozione degli strumenti necessari per la difesa del mercato interno da pratiche sleali e abusive².

Nel quadro di questa revisione della sua politica commerciale, l'Unione europea ha fortemente avvertito l'esigenza di colmare una lacuna normativa in tema di sovvenzioni estere, non disponendo di strumenti che consentano di far fronte alle distorsioni del mercato interno causate dai contributi finanziari concessi da Stati terzi a imprese attive nell'Unione europea. Nonostante le sovvenzioni concesse dai Paesi dell'Unione siano rigorosamente disciplinate dal regime di aiuti di Stato alle imprese e le importazioni di beni sovvenzionati possano essere limitate da misure antidumping, non vi sono meccanismi *ad hoc* per contrastare le sovvenzioni estere. Se le stesse sovvenzioni fossero concesse dagli Stati membri, anziché da Stati terzi, potrebbero potenzialmente risultare in contrasto con la normativa dell'Unione sugli aiuti di Stato alle imprese.

L'esistenza di questa asimmetria tra la disciplina delle sovvenzioni UE e il vuoto normativo delle sovvenzioni *extra* UE è incompatibile con l'obiettivo di realizzare un regime di sana concorrenza fondata sui meriti, visto che le imprese che ricevono contributi pubblici si trovano in una posizione di vantaggio rispetto alle imprese che non ne beneficiano. L'Unione europea ha cercato di porre rimedio a questa anomia con l'approvazione del regolamento 2022/2560, che istituisce un quadro armonizzato al fine di garantire un *level playing field* tra gli operatori economici nell'Unione europea³. È intuitivo che la preoccupazione principale sul piano concorrenziale deriva dal ruolo crescente svolto dalla Cina sull'economia globale, pur se formalmente il regolamento non menziona espressamente, forse anche per motivi di opportunità, le sovvenzioni concesse dal Paese del dragone per giustificare

² Cfr. comunicazione della Commissione, *Riesame della politica commerciale - Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva*, COM/2021/66 final; prima ancora, v. *White Paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies*, COM/2020/253 final, 17 June 2020.

³ Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2022, *relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno*. Per un commento alla proposta, J. KOCIUBINSKI, *The Proposed Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: The Way Forward or Dead End?*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, vol. 6, n. 1, 2022, p. 56 ss.; più di recente, A. ALEXIS, *Control of foreign subsidies distorting the internal market: main amendments introduced by the co-legislators*, in *concurrentes.com*, February 2023.

l'adozione delle nuove misure⁴. A dire il vero, il Parlamento europeo⁵ e la Corte dei Conti dell'Unione⁶ erano stati, per così dire, meno diplomatici, avendo espresso, *claris et apertis verbis*, gravi timori in merito alle distorsioni concorrenziali determinate dalle sovvenzioni concesse dallo Stato cinese per agevolare le acquisizioni di imprese europee, condizionare gli investimenti o comunque incidere sul comportamento degli operatori di mercato. Questi timori derivanti dal c.d. "nuovo mercantilismo" della Cina e di altri Stati terzi si intrecciano con la situazione economica dell'Unione europea, che è stata messa a dura prova negli ultimi anni prima dalla diffusione della pandemia da Covid-19 e poi dall'aggressione della Russia all'Ucraina⁷, di talché appare necessario conciliare la creazione di un contesto commerciale autonomo fondato su regole ben definite con l'esigenza di aprire il mercato unico alle imprese straniere e ai loro investimenti. In tale contesto problematico nel quale si trovano oggi tutti i sistemi economici degli Stati membri (e non solo), intendiamo analizzare criticamente le principali novità introdotte dal regolamento, con l'obiettivo di cercare di valutare i costi/benefici per il mercato interno derivanti dalla disciplina sulle sovvenzioni estere.

2. *La differente "filosofia" del regolamento sulle sovvenzioni estere rispetto al precedente regolamento IDE e il suo ambito di applicazione ratione temporis*

In coerenza con gli obiettivi perseguiti, inscindibili tra loro, senza che uno di essi assuma importanza secondaria o indiretta rispetto all'altro, il regolamento si fonda su una doppia base giuridica: da un lato, l'art. 207 TFUE che riguarda la politica commerciale comune e, dall'altro lato, l'art. 114

⁴ Per considerazioni più ampie, v. G. CASTRO RIBEIRO, *Geoeconomic Awakening: The European Union's Trade and Investment Policy Shift toward Open Strategic Autonomy*, in *co-leurope.eu, EU Diplomacy Papers*, n. 3, 2023, p. 3 ss.

⁵ Risoluzione del Parlamento europeo, del 9 giugno 2021, sulla politica di concorrenza - Relazione annuale 2020, 2020/2223(INI).

⁶ *La risposta dell'UE alla strategia cinese di investimenti guidati dallo Stato*, analisi n. 03, 2020, disponibile in eca.europa.eu.

⁷ Cfr. S. GOULARD, *The Impact of the US-China Trade War on the European Union*, in *Global Journal of Emerging Market Economies*, in vol. 12, n. 1, 2020, p. 56 ss.; R. MAGLIANO, *La ricerca di equilibrio tra investimenti esteri diretti e interventi emergenziali a tutela dell'interesse strategico nazionale: una sfida per l'Unione europea*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2021, p. 1057 ss.

TFUE inerente all'armonizzazione del mercato unico europeo. A ben vedere, il regolamento traspone però nell'ambito delle sovvenzioni estere alcuni concetti e strumenti tipici della normativa dell'Unione in tema di aiuti di Stato e concentrazioni, devolvendo i poteri di controllo e sanzionatori alla Commissione europea⁸.

Per la precisione, il nuovo atto dell'Unione si muove secondo tre linee direttrici, che consistono nell'esame d'ufficio delle sovvenzioni estere distorsive (capo 2), nel controllo delle concentrazioni (capo 3) e delle procedure di appalto pubblico (capo 4). Questi strumenti affidati alla Commissione si completano a vicenda, in quanto il secondo e il terzo istituiscono dei veri e propri meccanismi di autorizzazione preventiva, mentre il primo rappresenta uno strumento generale di indagine del mercato, che si estende anche alle concentrazioni e alle procedure di appalto di minore entità. In realtà, è stata prevista un'ulteriore novità con la previsione del potere della Commissione europea di condurre un'indagine di mercato sul particolare settore, sul particolare tipo di attività economica o sull'utilizzo dello strumento di sovvenzione in questione (art. 36, par. 1), che si può concludere con la pubblicazione di una relazione (art. 36, par. 2), le cui informazioni possono essere utilizzate per avviare una delle tre procedure istituite dal regolamento 2022/2560 (art. 36, par. 3).

Peraltro, tale regolamento si affianca a due regolamenti, uno per il controllo degli investimenti diretti esteri nell'Unione (regolamento 2019/452 – c.d. IDE) e l'altro sull'accesso degli operatori di paesi terzi al mercato degli appalti pubblici dell'Unione (regolamento 2022/1031), che offrono ulteriori strumenti di tutela per il mercato interno e la concorrenza⁹.

Da questo notevole attivismo delle istituzioni dell'Unione sembra desumersi che le normative previste dagli Stati membri siano in grado di salvaguardare gli assetti proprietari delle società operanti in settori reputati strategici sul piano interno per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, ma non l'interesse generale dell'Unione a limitare fortemente le sovvenzioni estere o comunque a indirizzarle verso determinati obiettivi comuni. In par-

⁸ Tanto da spingere L. HORNKOHL a definirla "third-country State aid law": *Protecting the Internal Market From Subsidisation With the EU State Aid Regime and the Foreign Subsidies Regulation: Two Sides of the Same Coin?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, p. 4.

⁹ Per un'analisi del quadro di misure nel suo complesso, M. SATTOROVA, *EU investment law at a crossroads: Open strategic autonomy in times of heightened security concerns*, in *Common Market Law Review*, vol. 60, n. 3, 2023, p. 701 ss.

ticolare, il regolamento sugli investimenti esteri diretti è stato eloquentemente definito “una specie di ornitorinco, una creatura strana se paragonata al tipo ordinario di regolamenti previsti dall’articolo 288 TFUE”¹⁰, poiché riserva il potere decisionale essenzialmente agli Stati membri, sia pure nel rispetto di alcuni standard minimi¹¹. Questo atto dell’Unione non impone norme vincolanti, né istituisce un meccanismo comune di controllo degli investimenti esteri diretti, legittimando e rafforzando la regolamentazione degli Stati membri. Invece, il regolamento 2022/2560 rappresenta, per certi versi, un ritorno al passato, in quanto si colloca nel solco degli ordinari regolamenti. Anzi, la nuova disciplina sulle sovvenzioni estere può apparire quasi come un monito nei confronti dello Stato italiano, che si è inizialmente lasciato, per così dire, affascinare dalle opportunità economiche offerte dalla Nuova Via della Seta (“*Belt and Road Initiative*”)¹², sottoscrivendo accordi di varia natura con la Cina, le cui prospettive future risultano, allo stato, alquanto incerte, anche in considerazione della posizione assunta sul piano commerciale dalla Presidenza Biden nei confronti del suo grande rivale strategico¹³. Invero, il regolamento sulle sovvenzioni estere dà origine a un articolato sistema di *screening* da parte della custode dei trattati, a differenza dell’atipico regolamento IDE, che si limita a istituire un meccanismo di cooperazione tra Stati membri e tra quest’ultimi e la Commissione, lasciando quindi alle singole autorità nazionali il potere di controllo degli investimenti esteri diretti.

È chiaro, tuttavia, che l’applicazione del nuovo regolamento deve fare i conti con gli impegni assunti dall’Unione nel quadro dell’OMC e di altri accordi commerciali e di investimento ai quali essa ha aderito¹⁴; di talché la

¹⁰ Conclusioni dell’avvocato generale Čapeta, del 30 marzo 2023, causa C-106/22, *Xella Magyarország*, punto 32.

¹¹ Cfr. G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell’arena economica globale*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 1, 2019, p. 2 ss.; A. ALÌ, *L’intersezione tra la sicurezza dell’UE e dei suoi Stati membri alla luce del regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti*, in *La Comunità Internazionale*, n. 3, 2020, p. 439 ss.

¹² In tema, Z. MINGHAO, *The Belt and Road Initiative and its Implications for China-Europe Relations*, in *The International Spectator*, vol. 51, n. 4, 2016, p. 109 ss.

¹³ Cfr. A. LIGUSTRO, *America is Back: la presidenza Biden e il nuovo “ordine” mondiale* - Editoriale, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, n. 4, 2021, p. XI ss.; G. D’IGNAZIO, *La Presidenza Biden nel post-trumpismo. “Our eyes on the future” nella ricostruzione del We The People* - Editoriale, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2021, p. 5 ss.

¹⁴ In argomento, v. G. LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID, *Regulation of Subsidies and State Aids in WTO and EC Law*, Alphen aan den Rijn, 2007.

Commissione non potrà svolgere un'indagine sulla base di tale regolamento e imporre o lasciare in vigore misure se in contrasto con gli obblighi dell'Unione derivanti dagli accordi internazionali che essa abbia concluso (art. 44, par. 9). È pur vero che le norme dell'OMC risultano largamente insoddisfacenti e la loro modernizzazione non è agevole da realizzare, nonostante l'Unione europea sia fortemente impegnata per dotare questa organizzazione internazionale di strumenti idonei a combattere una serie di distorsioni concorrenziali dovute all'intervento statale nell'economia¹⁵, tra le quali rientrano quelle derivanti dalle sovvenzioni all'industria¹⁶. La difficoltà di imprimere un cambio di marcia a livello internazionale nella lotta alle sovvenzioni statali ha indotto l'Unione europea a muoversi sul piano dell'autonomia e, quindi, ad adottare il nuovo regolamento, che rappresenta un'ulteriore tappa del suo percorso evolutivo volto a correggere le eventuali distorsioni al mercato interno.

Nel suo complesso, la risposta dell'Unione europea alla questione della possibile disomogeneità delle decisioni dei singoli Stati membri in merito alla legittimità delle sovvenzioni estere appare efficace e tempestiva, ma sarà necessario attendere prima di esprimere un giudizio definitivo, poiché il nuovo regolamento, pur essendo entrato in vigore il 12 gennaio 2023 (art. 54, par. 1), sarà applicabile soltanto a partire dal 12 luglio 2023 (art. 54, par. 2). Oltretutto, questo atto dell'Unione ha ulteriormente posticipato l'attuazione di alcune rilevanti previsioni (art. 54, parr. 3 e 4), ivi comprese quelle che si riferiscono alle notifiche delle concentrazioni e dei contributi finanziari esteri nell'ambito delle procedure di appalto (il 12 ottobre 2023).

Quanto al regime transitorio, non può mancare di sottolineare come desti più di qualche perplessità il fatto che il regolamento si applichi alle sovvenzioni estere concesse nei cinque anni precedenti alla data di inizio della sua applicazione (art. 53, par. 1), qualora tali sovvenzioni estere siano distorsive del mercato interno dopo tale data, sebbene tale periodo sia ridotto a tre anni per i contributi finanziari esteri "concessi a un'impresa che notifica una concentrazione o che notifica contributi finanziari nel contesto di una procedura di appalto pubblico" (art. 53, par. 2). Oltre la difficoltà di individuare con precisione gli effetti distorsivi al mercato interno arrecati da

¹⁵ Cfr. E. BARONCINI, *La proposta europea di riforma dell'OMC*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020 – I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, p. 135 ss.; più in generale, v. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, p. 229.

¹⁶ V. l'allegato della comunicazione della Commissione, *Riesame della politica commerciale*, cit.

una sovvenzione estera dopo diversi anni dalla sua concessione, l'applicazione retroattiva dell'atto dell'Unione pone alcune frizioni con i principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento, che le imprese interessate faranno verosimilmente valere nel futuro contenzioso con la Commissione europea. Il potere di adottare le suddette norme con efficacia retroattiva, disciplinando autonomamente situazioni pregresse, sembra porsi in contrasto con altri valori e interessi protetti, tra i quali è compreso l'affidamento degli operatori del settore nella sicurezza giuridica. Il regolamento rischia di interferire sui contributi finanziari che hanno ormai esaurito i loro effetti, senza prevedere, peraltro, un periodo congruo, né delle modalità adeguate e ragionevoli, per consentire alle imprese di conformarsi alla nuova disciplina.

3. *La nozione di sovvenzione estera e la distorsione del mercato interno*

Il regolamento ha un carattere orizzontale, considerato che si applica a tutte le imprese, comprese quelle pubbliche controllate direttamente o indirettamente da uno Stato, che esercitano un'attività economica nell'Unione. Ne consegue che il regolamento è volto a tutelare non solo quelli che vengono definiti "i campioni nazionali", ma più in generale le imprese che operano nell'ambito dell'Unione europea. Si deve trattare di un contributo finanziario fornito direttamente da un Paese terzo che conferisca un vantaggio a un'impresa che esercita un'attività economica nel mercato interno e che sia limitato, in linea di fatto o di diritto, a una o più imprese o a uno o più settori. Ai fini della qualificazione di una sovvenzione estera, si può ritenere quindi che il regolamento recepisca, con i dovuti adattamenti, sia il concetto ricavabile dalla prassi del GATT e dell'OMC¹⁷, sia le condizioni richieste dall'art. 107 TFUE per configurare un aiuto di Stato¹⁸. Invero, scomponendo l'art. 3, par. 1, del regolamento (v. anche considerando da 11 a 15), dovranno sussistere le seguenti quattro condizioni cumulative: 1) contributo finanziario; 2) concesso, direttamente o indirettamente, da un Paese terzo; 3) conferente un vantaggio a un'impresa che esercita un'attività economica

¹⁷ Cfr. V. DI COMITE, *Le sovvenzioni e le misure compensative nell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2009, p. 133 ss.

¹⁸ Sulla nozione di aiuto di Stato, cfr. C. CELLERINO, F. MUNARI, *Art. 107 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, II ed., 2014, p. 1145 ss. In giurisprudenza, di recente, v. sentenza della Corte del 12 gennaio 2023, cause riunite C-702/20 e C-17/21, *DOBELES HES*, punto 31.

nel mercato interno; e 4) limitato, in linea di diritto e di fatto, a una o più imprese o a uno o più settori.

Il regolamento utilizza, a titolo esemplificativo e non tassativo, taluni indicatori per individuare non solo la nozione di contributo finanziario, bensì anche quella di distorsione del mercato interno, vuoi per non lasciare alla valutazione della Commissione europea un eccessivo margine di discrezionalità, vuoi perché la complessità della realtà commerciale e l'assenza di trasparenza rendono spesso difficile individuare e quantificare con precisione l'incidenza del vantaggio conferito da uno Stato terzo a un'impresa.

Per quanto riguarda le forme nelle quali può presentarsi l'elemento del contributo finanziario, il regolamento fa riferimento alle seguenti ipotesi: il trasferimento di fondi e passività, la rinuncia a entrate altrimenti dovute e la fornitura o l'acquisto di beni e servizi (art. 3, par. 2, prima parte). Questa previsione fa il paio con la disposizione secondo cui le sovvenzioni estere concesse da un paese terzo comprendono i contributi finanziari erogati dall'amministrazione centrale e dalle autorità pubbliche a tutti gli altri livelli, da un soggetto pubblico straniero le cui azioni possono essere attribuite al paese terzo e da un soggetto privato le cui azioni possono essere attribuite al paese terzo (art. 3, par. 2, seconda parte).

Due *caveat* sono però d'obbligo. In primo luogo, il concetto di contributo finanziario è più ristretto della nozione di aiuto di Stato, pur ispirandosi a quest'ultima. Difatti, la Corte di giustizia ha costantemente affermato che la nozione di aiuti di Stato di cui all'art. 107 TFUE abbraccia tutti gli interventi che in varie forme alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa¹⁹. In secondo luogo, un contributo finanziario di uno Stato terzo erogato esclusivamente a favore delle attività non economiche di un'impresa non può essere ricondotto alla nozione di sovvenzione estera, mentre l'utilizzo di tale contributo per il sovvenzionamento incrociato delle attività economiche dell'impresa potrebbe rientrare nel cono d'ombra del regolamento.

Per accertare poi la distorsione al mercato interno, vista la complessità della realtà commerciale, si richiede di prendere in considerazione diversi elementi, quali l'importo e la natura della sovvenzione, la situazione dell'impresa (ivi compresa la sua dimensione) e dei mercati e settori interessati, il

¹⁹ Sentenza della Corte del 21 marzo 2013, causa C-405/11 P, *Commissione c. Buczek Automotive*, punto 30 (non pubblicata); del 16 luglio 2015, causa C-39/14, *BVVG*, punto 26; del 20 settembre 2017, causa C-300/16 P, *Commissione c. Frucona Košice*, punto 20; del 4 marzo 2021, causa C-362/19 P, *Commissione c. Fútbol Club Barcelona*, punto 59.

livello e l'evoluzione dell'attività economica dell'impresa nel mercato interno e la finalità della sovvenzione estera e le condizioni cui è subordinata, nonché il suo utilizzo nel mercato interno.

In ossequio ad un consolidato indirizzo di stampo sostanzialista, queste ampie nozioni sono mitigate da alcune previsioni volte a rendere meno rigorosa l'applicazione del regolamento in relazione a quelle sovvenzioni che non incidono in modo significativo sulla concorrenza. In tal senso, il regolamento prevede una presunzione sull'assenza di distorsione nell'ipotesi in cui la sovvenzione estera non superi l'importo di un aiuto *de minimis*, così come ritiene improbabile, anche se non escluso in radice, che una sovvenzione estera al di sopra della soglia dei quattro milioni di euro nell'arco di tre anni consecutivi possa sollevare preoccupazioni per il mercato interno. In linea poi con la deroga applicabile *de jure* al divieto di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 2, lett. b), TFUE, il regolamento esclude che la sovvenzione erogata per far fronte a calamità naturali o eventi eccezionali possa determinare effetti pregiudizievoli per la concorrenza.

Al di là di queste presunzioni e deroghe, nella valutazione delle sovvenzioni estere la Commissione ha il compito di verificare se prevalgono effetti negativi sulla concorrenza o gli effetti positivi per l'interesse generale dell'Unione europea, come ad esempio il contributo allo sviluppo economico o la realizzazione di obiettivi politici dell'Unione. È verosimile che questo complesso bilanciamento darà nuova linfa al dibattito scientifico, risultando opportuna una riflessione tanto sul margine di manovra attribuito alla Commissione europea quanto sull'estensione nell'ambito della politica commerciale di quello orientamento elaborato della Corte di giustizia in tema di concorrenza, volto a fornire una lettura più economica dei comportamenti delle imprese e degli Stati²⁰. Non solleva, invece, particolari problemi il contenuto dei rimedi utilizzabili laddove gli effetti negativi della sovvenzione estera prevalgano su quelli positivi. Non diversamente dalla politica della concorrenza, infatti, la Commissione può accettare impegni e imporre misure di riparazione, purché siano proporzionati e pongano rimedio, pienamente ed efficacemente, alla distorsione effettiva o potenziale causata dal contributo finanziario estero sul mercato interno. Se continuerà sulla falsariga della strada già intrapresa in ambito antitrust, la Commissione privilegerà un approccio pragmatico ma, al tempo stesso, non permissivo nei confronti delle sovvenzioni riconosciute nocive per il mercato interno.

²⁰ Cfr., in tema di sconti, la sentenza del Tribunale del 26 gennaio 2022, causa T-286/09 RENV, *Intel Corporation Inc. c. Commissione*.

4. *L'esame d'ufficio delle sovvenzioni estere*

Il primo ambito di intervento della Commissione europea a tutela della resilienza e della competitività delle imprese europee è costituito dall'esame d'ufficio delle sovvenzioni estere. Va qui precisato che la Commissione può esaminare d'ufficio le informazioni provenienti da qualsiasi fonte, ma la sua valutazione in merito agli appalti pubblici è circoscritta a quelli aggiudicati e non comporta l'annullamento della decisione di aggiudicazione o la risoluzione dell'appalto (art. 9, par. 2), non dovendosi sovrapporsi all'altro procedimento speciale dedicato alle procedure concorsuali.

Siffatto strumento consente all'istituzione dell'Unione inizialmente di avviare una fase preliminare e successivamente, nel caso in cui disponga di elementi sufficienti, di aprire un'indagine approfondita, che può concludersi con l'imposizione di misure di riparazione o con l'accettazione di impegni. Come avviene in altri procedimenti amministrativi dell'Unione, la prima fase è poco trasparente e il suo avvio deve essere comunicato agli Stati membri che abbiano notificato una procedura nazionale a norma del regolamento 2019/452 (art. 10, par. 2), mentre l'apertura di un'indagine approfondita deve essere portata a conoscenza anche dell'impresa oggetto dell'indagine, degli Stati membri e, se ha ad oggetto una procedura di appalto pubblico, dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, pubblicando un avviso sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea in modo da consentire pure alle altre imprese interessate di manifestare il loro punto di vista (art. 10, par. 3).

Al fine di garantire l'*enforcement* del controllo delle sovvenzioni estere, appare fisiologico che siano stati attribuiti alla Commissione europea dei poteri analoghi a quelli esercitati da quest'istituzione nell'ambito del diritto antitrust e della disciplina degli aiuti di Stato alle imprese. In questa prospettiva, la Commissione europea beneficia di ampi poteri di indagine, quali la richiesta di informazioni e le ispezioni in loco all'interno dell'Unione (art. 12) e al suo esterno (art. 13), e può adottare misure provvisorie. A differenza però dell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, che si caratterizza per un elevato livello di decentramento e per la coesistenza di vari procedimenti, i quali si svolgono sia a livello dell'Unione che nazionale ad opera di autorità amministrative e giudiziarie, il regolamento si contraddistingue per un accentramento del sistema di controllo nelle mani della Commissione, in considerazione della competenza esclusiva dell'Unione in tema di politica commerciale comune. Sotto questo profilo, l'esame d'ufficio delle *unfair trade practices* e, come vedremo, le altre forme di controllo delle sovvenzioni estere

sembrano avvicinarsi maggiormente al procedimento di controllo degli aiuti di Stato alle imprese piuttosto che a quelli inerenti alle intese, all'abuso di posizione dominante e alle tradizionali concentrazioni di dimensione comunitaria²¹, giacché la valutazione è devoluta alla competenza esclusiva della Commissione e non prevede un coinvolgimento delle autorità nazionali nel giudizio di compatibilità dei contributi finanziari per evitare un'applicazione non uniforme del regolamento negli Stati membri. In effetti, nell'esame d'ufficio delle sovvenzioni estere la Commissione si limita a comunicare l'avvio dell'esame preliminare delle sovvenzioni estere soltanto agli Stati membri che l'abbiano informata sull'esistenza o sull'avvio di una procedura nazionale pertinente (art. 10, par. 2), senza però procedere, o almeno così sembra, ad alcuna forma di rinvio alle autorità interne, proprio al fine di evitare che queste ultime possano procedere in ordine sparso nei casi più rilevanti per l'interesse generale dell'Unione. È chiaro, comunque, che questa procedura troverà nella giurisprudenza della Corte e nella prassi della Commissione una più articolata e compiuta definizione, garantendo principi ormai acquisiti e consolidati nel diritto dell'Unione, nella CEDU e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

5. *Segue. Gli altri strumenti di track & tracing: il nuovo controllo delle concentrazioni e degli appalti pubblici*

Volgendo lo sguardo alle “nuove” concentrazioni, viene istituito un procedimento di controllo che si fonda pur sempre sul binomio nozione-dimensione dell'operazione societaria, in quanto trova attuazione in caso di fusioni, acquisizioni o costituzione di imprese comuni che superino determinate soglie, più basse di quelle attualmente previste dal regolamento 139/2004. Quanto all'ipotesi problematica dell'acquisizione del controllo, rimane fermo che tale situazione si realizza in presenza di diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante su un'impresa. In relazione poi alla dimensione della concentrazione, si richiede che siano soddisfatte due condizioni cumulative: a) l'im-

²¹ Cfr. G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, vol. II, Napoli, 2021, p. 238; G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, Parte speciale, Torino, 2021, pp. 366 e 379.

presa acquisita, l'impresa comune o almeno una delle parti nel caso di fusione, è stabilita nell'Unione e vi realizza un fatturato di almeno 500 milioni di euro e b) le imprese interessate hanno ricevuto da paesi terzi contributi finanziari combinati di importo superiore a 50 milioni di euro nei tre anni anteriori all'operazione (art. 20, par. 3). Nondimeno, la flessibilità del controllo è garantita dalla facoltà attribuita alla Commissione di richiedere la notifica preventiva di una concentrazione non soggetta ad obbligo di notifica, in qualsiasi momento prima della sua realizzazione, qualora sospetti che alle imprese interessate possano essere state concesse sovvenzioni estere nei tre anni precedenti questa operazione societaria.

Siffatta previsione sembra porsi in sintonia con il recente orientamento della Corte di giustizia, che ha ritenuto applicabile il divieto di abuso di posizione dominante anche alle operazioni di concentrazione sottosoglia, rivitalizzando così la fattispecie dell'abuso di struttura²². Sulla base della stessa *ratio*²³, il nuovo regolamento prevede una valvola di sicurezza a tutela del mercato interno in relazione a quelle sovvenzioni estere che formalmente non dovrebbero rientrare nella sfera di applicazione del controllo della Commissione europea.

Sul piano procedurale, la Commissione disporrà di un termine congruo per il suo scrutinio: 25 giorni lavorativi dalla ricezione di una notifica completa per esaminare la concentrazione (fase 1) e 90 giorni lavorativi in caso di avvio di un'indagine approfondita (fase 2), che potranno essere estesi per un ulteriore periodo di 15 giorni lavorativi nel caso in cui l'impresa interessata proponga impegni. I termini sono simili a quelli del tradizionale controllo delle concentrazioni ed è prevedibile che anche alcuni concetti chiave (ad esempio, la definizione di concentrazione o il calcolo del fatturato) siano declinati dalla Commissione facendo riferimento alla consolidata prassi applicativa del regolamento 139/2004, ma i due procedimenti e i relativi test valutativi rimangono autonomi e distinti²⁴, con la conseguenza che tali procedimenti potranno procedere parallelamente e pervenire, almeno in linea di principio, a conclusioni differenti.

²² Sentenza della Corte del 16 marzo 2023, causa C-449/21, *Towercast*, su cui v. O. PALLOTTA, *La Corte di giustizia rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura*, in *I Post di AISDUE*, 26 aprile 2023.

²³ Per quanto riguarda le concentrazioni sotto-soglia che rientrano nella competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, v. delibera AGCM 13 dicembre 2022, n. 30407, comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 16, comma 1-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in *Bollettino AGCM* n. 46 del 27 dicembre 2022.

²⁴ Cfr. E. DE SMIJTER, *There's a New Kid in Town: The Foreign Subsidies Regulation* (Editorial), in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, vol. 13, n. 8, p. 530.

Il nuovo regolamento prevede altresì delle decisioni finali analoghe a quelle stabilite dal regolamento 139/2004 e utilizza strumenti ampiamente sperimentati in relazione alle sanzioni antitrust. Insomma, non sembrano riscontrarsi elementi di novità nella parte in cui il regolamento prevede che al termine del procedimento la Commissione possa, alternativamente, decidere di i) non sollevare obiezioni alla concentrazione; ii) vietare la concentrazione in quanto le sovvenzioni estere sono ritenute distorsive del mercato interno e iii) accettare gli impegni offerti dalle imprese per rimediare alla distorsione. Sempre in linea di continuità con il regolamento 139/2004, se viene constatato che una concentrazione soggetta a obbligo di notifica o notificata su richiesta della Commissione sia già stata realizzata e che le sovvenzioni estere siano distorsive del mercato interno, la Commissione può ordinare alle imprese di dissolvere la concentrazione o disporre altre misure di ripristino della situazione quo ante.

Nel solco già tracciato in materia di concentrazioni, sono altresì previste sanzioni fino all'1% del fatturato nel caso di informazioni inesatte o fuorvianti rese in sede di notifica o in un'integrazione successiva e sanzioni fino al 10% del fatturato per i casi di mancata notifica della concentrazione, realizzazione della concentrazione prima della decisione della Commissione, violazione del divieto di concentrazione eventualmente imposto con la decisione e realizzazione di operazioni finanziarie per eludere l'obbligo di notifica.

Completa il quadro disegnato dal nuovo regolamento un sistema di controllo *ex ante* delle sovvenzioni estere che consentono a un operatore economico di presentare un'offerta indebitamente vantaggiosa in relazione a lavori, forniture o servizi oggetto di una procedura di appalto pubblico. Il regime di notifica obbligatoria per queste procedure concorsuali funziona in modo analogo a quello per le concentrazioni se si considera che ha lo scopo di informare la Commissione delle potenziali distorsioni arrecate dalla sovvenzione al mercato interno da accertare nelle fasi successive del procedimento. Tuttavia, questa procedura non coincide esattamente con quella delle concentrazioni, poiché il suo efficace funzionamento si fonda sul dialogo e la cooperazione tra la Commissione europea, da un lato, e le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori, dall'altro.

Più in dettaglio, le imprese che partecipano a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico nell'Unione europea, nonché i subappaltatori principali e i fornitori principali (che forniscono elementi essenziali ai fini dell'esecuzione dell'appalto e il cui contributo supera il 20% del valore

dell'offerta presentata) sono tenuti a notificare alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori tutti i contributi finanziari esteri ricevuti nei tre anni precedenti, o attestare di non averne ricevuti, se sono soddisfatte due condizioni: l'appalto ha valore pari o superiore a 250 milioni di euro; l'impresa ha ricevuto in tale arco temporale contributi finanziari totali pari o superiori a 4 milioni di euro. La notifica o la dichiarazione viene poi trasmessa senza indugio dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore alla Commissione, che ne esamina il contenuto. La guardiana dei trattati ha anche in tal caso il potere di richiedere la comunicazione dei contributi finanziari esteri al di sotto delle soglie stabilite, qualora vi sia un fondato sospetto di impatto distorsivo. Sennonché, dopo una verifica preliminare, la Commissione può avviare un'indagine approfondita, informandone l'amministrazione aggiudicatrice e l'operatore economico interessato. Stando così le cose, non si può fare a meno di rilevare che il coinvolgimento della Commissione riduce il rischio di favoritismi e corruzioni nell'aggiudicazione degli appalti, ma accresce la preoccupazione di un allungamento dei tempi di conclusione della procedura concorsuale. Se è vera quest'ultima preoccupazione, va nondimeno considerato che l'indagine si deve concludere entro 110 giorni e, in attesa della valutazione da parte della Commissione, tutte le fasi della procedura di appalto pubblico possono proseguire, anche se l'appalto non può essere aggiudicato (c.d. obbligo di sospensione).

Questa procedura si fonda sulla collaborazione tra la Commissione e l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore, ma la decisione finale in merito all'incidenza della sovvenzione estera sull'appalto spetta pur sempre all'istituzione dell'Unione, la quale può accettare gli impegni eventualmente offerti dall'impresa per rimuovere pienamente le distorsioni del mercato interno oppure, in mancanza di impegni idonei, vietare l'aggiudicazione dell'appalto all'impresa in questione. Il sistema di ammende e penalità di mora è simile a quello previsto dalla nuova disciplina sulle concentrazioni (fino all'1% del fatturato in caso di informazioni inesatte o fuorvianti e fino al 10% del fatturato in caso di violazione o elusione dell'obbligo di notifica), mentre per l'esame d'ufficio delle sovvenzioni le percentuali delle sanzioni sono parzialmente differenti, in quanto modulate in relazione alle peculiarità di questa procedura di controllo.

Per quanto riguarda le sanzioni previste dal regolamento in relazione a tutti gli strumenti di controllo affidati alla Commissione, potrebbe porsi la questione generale della loro applicazione nell'ipotesi di modifica della natura giuridica o organizzativa dell'impresa sovvenzionata che abbia com-

messo l'infrazione. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia antitrust ha chiarito che tale modifica non ha necessariamente l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità per i comportamenti anticoncorrenziali del precedente ente se vi è identità fra i due enti sotto l'aspetto economico²⁵. La stessa soluzione dovrebbe applicarsi in tema di sovvenzioni estere, giacché l'obiettivo perseguito dal nuovo regolamento e l'effetto utile della sua normativa sarebbero inevitabilmente compromessi se le imprese potessero sottrarsi alla loro responsabilità per la semplice modifica della loro identità a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altre trasformazioni di natura giuridica o organizzativa.

6. *Le prospettive future del sistema accentrato di controllo delle sovvenzioni estere*

Tirando le somme del discorso sin qui condotto, che appare necessariamente lacunoso, in quanto risulta prematuro fare dei bilanci ed esprimere un giudizio valutativo compiuto in merito all'efficacia e all'idoneità dei nuovi strumenti a realizzare gli obiettivi perseguiti, occorre comunque evidenziare che sembrano riscontrabili nel regolamento molte luci e qualche zona d'ombra. La strada indicata dal legislatore dell'Unione appare quella giusta, in quanto il nuovo sistema di "track & tracing" introduce dei cambiamenti positivi per il mercato interno e la sana concorrenza fondata sui meriti. Nondimeno, soltanto la prassi, l'adozione di atti di *soft law* e la giurisprudenza della Corte di giustizia, che si preannuncia abbondante e complessa, potranno risolvere due principali ordini di problemi, oltre quello inerente all'efficacia retroattiva del regolamento, che comunque è destinato a risolversi con il passare del tempo.

In primo luogo, è indubbio che il regolamento determinerà un aumento considerevole degli oneri amministrativi delle imprese e, al tempo stesso, del carico di lavoro della Commissione europea, con l'istituzione di tre nuovi procedimenti amministrativi speciali la cui piena comprensione richiede competenze altamente qualificate²⁶. Basti pensare, a titolo esemplificativo,

²⁵ Sentenza della Corte del 14 marzo 2019, causa C-724/17, *Skanska Industrial Solutions e a.*, con nota di S. CINQUE, *Il principio della continuità economica e la determinazione dei soggetti tenuti al risarcimento dei danni da illecito antitrust. Il caso Skanska (C-724/17): quale impatto sul private enforcement?*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2, 2020, p. 411 ss.

²⁶ Dello stesso avviso, S. CENTENO, I. VIGÓN, *Regulation (EU) 2022/2560 on foreign subsidies distorting the internal market*, in *perezllorca.com*, January 2023, p. 6.

che una stessa operazione potrebbe essere soggetta a tre diversi procedimenti: la procedura di controllo delle concentrazioni, la verifica degli investimenti esteri diretti e il controllo delle sovvenzioni estere, ognuna caratterizzata da tempistiche e regole procedurali diverse. Pur condividendo pienamente l'esigenza di regolamentare le sovvenzioni estere, tale preoccupazione è reale e va tenuta in debito conto. L'imminente approvazione di un regolamento di esecuzione dovrebbe dare una risposta a queste e altre criticità che sono già emerse nel dibattito scientifico e nelle consultazioni pubbliche avviate dalla Commissione²⁷. Infatti, tale regolamento chiarirà gli aspetti pratici e procedurali relativi ai moduli di notifica, alle modalità di calcolo dei termini, all'accesso al fascicolo e ai diritti delle parti, ricomprendendo al suo interno anche due allegati indicativi delle numerose informazioni che le aziende dovranno fornire nell'ambito delle concentrazioni e degli appalti pubblici. Questi atti dovrebbero valorizzare la possibilità per le imprese interessate di instaurare un dialogo costruttivo con la Commissione prima della notifica e si potrebbero finanche ipotizzare delle deroghe per le informazioni che non sono ragionevolmente disponibili o non necessarie per lo *screening* della sovvenzione, nella ricerca di un giusto equilibrio tra la tutela efficace del mercato interno e la necessità di limitare gli oneri amministrativi. Ad ogni modo, verranno adottati degli atti di *soft law* per promuovere la prevedibilità del quadro giuridico e, quindi, far conoscere agli operatori economici gli orientamenti sugli elementi fondamentali del sistema di controllo delle sovvenzioni estere (art. 46), e tali orientamenti saranno preceduti da adeguate consultazioni con le parti interessate e gli Stati membri, nell'ottica di favorire la partecipazione democratica.

In secondo luogo, vi è la preoccupazione che gli Stati terzi possano reagire dando vita a una spirale di iniziative protezionistiche, con conseguenti ripercussioni negative per le imprese dell'Unione, ivi comprese quelle italiane, attive nei mercati esteri o intenzionate ad espandersi al di fuori dei confini del mercato interno. L'obiettivo è invece quello di realizzare anche in relazione alla nuova disciplina antisovvenzioni il c.d. "effetto Bruxelles"²⁸, vale a dire che l'Unione europea si propone di influenzare altre organizza-

²⁷ Il progetto del regolamento di esecuzione, i due allegati e le osservazioni delle parti interessate sono consultabili in ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13602-Sovvenzioni-estere-distorsive-norme-procedurali-per-valutarle_it.

²⁸ In questi termini, v. A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles: Come l'Unione europea regola il mondo*, Milano, 2021.

zioni internazionali e Stati terzi innescando cambiamenti legislativi e regolamentari per contrastare forme di protezionismo economico e commerciale. L'Unione europea si è attivata in tal senso per riformare l'Organizzazione Mondiale del Commercio, ma intende, al tempo stesso, difendere fermamente i propri interessi e far valere i propri diritti, anche autonomamente, ove necessario²⁹. In questa prospettiva, è auspicabile che la Commissione europea metta a frutto l'esperienza maturata nell'ambito del diritto della concorrenza e degli aiuti di Stato alle imprese nell'attuazione delle norme del regolamento sulle sovvenzioni estere. Il controllo giurisdizionale della Corte di giustizia offre ampie garanzie tanto che l'applicazione del nuovo regolamento risulti, *ça va sans dire*, ragionevole ed equilibrata quanto che vengano rispettati i diritti (fondamentali e non) delle imprese interessate.

C'è da porsi però la domanda fondamentale se l'attività della Commissione possa in qualche modo orientare le sovvenzioni estere in modo da favorire la realizzazione dell'agenda politica dell'Unione, che negli ultimi anni si è focalizzata principalmente sulla regolamentazione dei prezzi dei combustibili fossili e sugli incentivi alla transizione digitale ed ecologica. In altre parole, potrebbe progressivamente emergere la rilevante distinzione tra le sovvenzioni estere innovative e funzionali agli obiettivi perseguiti dall'Unione, da ritenere compatibili con il mercato interno, e quelle vietate che alterano la concorrenza³⁰. Tuttavia, non è al momento agevole prevedere gli sviluppi futuri del nuovo regolamento e soltanto i prossimi anni ci mostreranno la strada che le istituzioni dell'Unione intenderanno effettivamente percorrere. Certo è che la Commissione sarà l'unica autorità competente ad applicare il regolamento, sotto il controllo della Corte del *Kirchberg*, e nessuno Stato potrà fare da solo per risolvere la complessa questione delle distorsioni arrecate dalle sovvenzioni estere al mercato interno e alla concorrenza.

²⁹ Secondo L. HORNKOHL, "the EU wants to use the FSR to revive multilateral discussions on subsidy control at WTO level" (*op. cit.*, p. 15).

³⁰ Ispirandosi al *traffic light approach* dell'Accordo SCM del 1994, si potrebbero distinguere le sovvenzioni in tre diverse categorie, vale a dire quelle vietate (c.d. luce rossa), quelle che possono essere autorizzate (c.d. luce arancione) e infine quelle escluse dal divieto (c.d. luce verde). In questi termini, cfr. V. DI COMITE, *op. cit.*, p. 156.

IL RUOLO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
NEL NUOVO SISTEMA CREATO DALL'ACCORDO
SU UN TRIBUNALE UNIFICATO DEI BREVETTI

Bruno Nascimbene*

SOMMARIO: 1. Il difficile *iter* di approvazione dell'accordo. La Corte di giustizia. La cooperazione rafforzata. – 2. Il pacchetto sul brevetto unitario. La creazione di un giudice *ad hoc*. – 3. La ratifica dell'accordo da parte della Germania. – 4. La sentenza della Corte costituzionale tedesca. – 5. La creazione di un sistema giurisdizionale nuovo, internazionale ed europeo, integrato nel sistema giurisdizionale della UE e dei suoi Stati membri in quanto "giudice comune". Il primato del diritto UE, la responsabilità extracontrattuale per danni e la responsabilità per violazione del diritto UE. – 6. In particolare, la previsione espressa sul primato. – 7. L'equiparazione al giudice nazionale: il rinvio pregiudiziale. – 8. La collocazione nel sistema giurisdizionale dell'Unione. – 9. I due regolamenti che compongono il pacchetto. La disciplina sostanziale. – 10. L'equiparazione del Tribunale a un giudice nazionale. La competenza internazionale e il riconoscimento delle sentenze (le modifiche al regolamento Bruxelles I *bis*). – 11. L'applicazione del diritto UE nella sua integralità. I principi generali. – 12. Il riferimento al diritto UE in senso ampio e la competenza pregiudiziale. – 13. La competenza pregiudiziale sull'accordo. – 14. La tutela offerta dalla Carta. – 15. La creazione di un giudice comune e il dialogo fra le Corti.

1. *Il difficile iter di approvazione dell'accordo. La Corte di giustizia. La cooperazione rafforzata*

L'accordo su un tribunale unificato dei brevetti, sottoscritto il 19.2.2013, in vigore il 1.6.2023 (insieme a due allegati, il I sullo Statuto del

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

Tribunale; il II sulla distribuzione dei casi nell'ambito della divisione centrale)¹, dopo aver percorso un lungo itinerario, avendo incontrato varie difficoltà, sia a livello di Unione europea, sia a livello nazionale². A livello di

¹ L'accordo è in *GUUE* C 175 del 20.6.2013; sulla data di entrata in vigore cfr. il comunicato "Practical information on the upcoming launch of the CMS Entry Into Force (EIF) as of 1st of June" del 17.5.2023, in www.unified-patent-court.org. Gli allegati dell'accordo, in virtù dell'art. 2 e dell'art. 7, costituiscono parte integrante dello stesso. Per quanto riguarda l'assegnazione provvisoria delle competenze della sezione della divisione centrale di Londra (il Regno Unito non essendo più parte dell'accordo) alla divisione centrale avente sede a Parigi e alla sezione della divisione centrale di Monaco (in attesa di una possibile assegnazione a una nuova sezione, per la quale è candidata Milano, attualmente sede di una divisione locale) cfr. il Comunicato del "Presidium of the Unified Patent Court" dell'8.5.2023, in www.unified-patent-court.org.

² La letteratura sul tema è assai vasta. Fra gli altri si ricordano G. CAGGIANO, *Il pacchetto normativo del "Brevetto Europeo Unitario"*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 683 ss.; V. CERULLI-IRELLI, *Il Tribunale unificato dei brevetti: rischi e compatibilità con il nostro ordinamento*, in *Diritto industriale*, 2013, p. 393 ss.; i vari contributi in C. HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Torino, 2014, in particolare quelli di R. BARATTA, *The Unified Patent Court. What is the "common" trait about?*, p. 101 ss.; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *The Unified Patent Court Agreement and the Amendment to the Brussels I Regulation (Recast)*, p. 153 ss.; C. HONORATI, *Il diritto applicabile dal Tribunale unificato: il coordinamento tra fonti e i rapporti tra accordo TUB e regolamento (UE) n. 1257/2012*, p. 119 ss.; F. POCAR, *La cooperazione rafforzata in materia di brevetti e la Corte di giustizia dell'Unione europea*, p. 1 ss.; M. SCUFFI, *Il Tribunale unificato dei brevetti: evoluzione storica, ordinamento e regole procedurali*, p. 73 ss.; M. TAVASSI, *Le Rules of Procedure e i rapporti tra Tribunale unificato e giudice nazionale*, p. 183 ss. T. JAEGER, *What's in the Unitary Patent Package*, in *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 14-08*, Munich, 2014; F. MARONGIU BONAIUTI, *L'accordo istitutivo del Tribunale unificato dei brevetti e la sua incidenza sulla disciplina della giurisdizione in materia civile*, in *Osservatorio AIC*, gennaio 2014, p. 11 ss.; H. ULLRICH, *Le futur système de protection des inventions par brevet dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-)poussée?*, in *Propriété intellectuelle*, 2014, p. 382 ss.; M. SCUFFI, *Il nuovo sistema europeo dei brevetti*, Milano, 2017, p. 3 ss. (*ivi*, p. 141 ss., una raccolta delle fonti rilevanti ovvero della normativa di riferimento); M. TAVASSI, *Una doppia conquista: la ratifica dell'Italia all'Accordo sul brevetto europeo ad effetti unitari e la sede della divisione locale della Corte europea a Milano*, in *La Rivista del Consiglio*, Anno 2016-2017, p. 41 ss.; C. MAYR, *L'Accordo istitutivo del Tribunale dei brevetti*, in *Studium iuris*, 2017, p. 815 ss.; A. MIGLIO, *La giurisdizione del Tribunale unificato dei brevetti, tra incertezze sul futuro del sistema brevettuale e prove di universalizzazione del regolamento Bruxelles I bis*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 657 ss. e più recentemente dello stesso *Integrazione differenziata e principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2020, p. 225 ss.; G. MORGESE, *Brevetto (diritto dell'Unione europea)*, in *Enc. dir., Annali VIII*, Milano, 2019, p. 157 ss.; sulle conseguenze della *Brexit* cfr., per ampi riferimenti, B. NASCIMBENE, *Brexit e Tribunale dei brevetti*, in *rivista.eurojus.it*, 2019.

Unione è stata la Corte di giustizia, con il parere 1/09 dell'8.3.2011 (richiesto dal Consiglio dell'Unione europea)³ a definire quali caratteristiche dovesse avere un futuro accordo relativo alla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti (denominato “Tribunale dei brevetti europeo e comunitario”) per essere conforme al diritto UE. Il progetto di accordo veniva dichiarato incompatibile con il sistema giurisdizionale dell'Unione per una serie di motivi che contraddistingueranno, poi, il nuovo testo conformandosi al parere della Corte⁴.

La Corte ha avuto occasione di pronunciarsi anche sulla legittimità dei due regolamenti 1257/2012 e 1260/2012 (su ricorso della Spagna) che attuano una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria e sul regime di traduzione applicabile⁵.

2. *Il pacchetto sul brevetto unitario. La creazione di un giudice ad hoc*

I due regolamenti e l'accordo costituiscono il c.d. pacchetto sul brevetto unitario: un brevetto europeo, che beneficia dell'effetto unitario (BEEU) negli Stati membri che hanno partecipato alla cooperazione rafforzata, che resta distinto dal brevetto europeo (BE) concesso dall'Ufficio europeo dei brevetti (UEB) secondo la Convenzione di Monaco di Baviera (del 5.10.1973) sul brevetto europeo⁶.

³ Il parere è in EU:C:2011:123.

⁴ Sul tema specifico, fra gli altri, J. ALBERTI, *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 367 ss. e dello stesso *New Developments in the EU System of Judicial Protection. The Creation of the Unified Patent Court and its Future Relations with the CJEU*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 6 ss.; R. BARATTA, *The Unified*, cit., p. 106 ss.

⁵ Cfr. le sentenze del 5 maggio 2015, causa C-146/13, *Regno di Spagna* (i riferimenti successivi sono a questa sentenza); in pari data, causa C-147/13, *Regno di Spagna*. Un altro contenzioso era stato instaurato da Spagna e Italia contro la decisione del Consiglio che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, sentenza del 16 aprile 2013, cause riunite C-274/11 e C-295/11, *Spagna e Italia c. Consiglio*. I due regolamenti si applicano, come l'accordo, dal 1.6.2023 (cfr. art. 18 regolamento 1257/2012 e art. 7 regolamento 1260/2012).

⁶ Alla Convenzione aderiscono tutti i Paesi membri della UE, più altri Paesi europei (38 in tutto), ma non la UE (anche se nel passato la Commissione ne aveva previsto l'adesione nella proposta di regolamento del Consiglio relativo al brevetto comunitario, doc.COM (2000) 412 def. del 5.7.2000, in *GU C 337 E* del 28.11.2000, secondo cui veniva rilasciato un titolo unico di proprietà intellettuale valido per tutta la Comunità).

Il brevetto europeo ad effetti unitari e i brevetti europei concessi in virtù della Convenzione (per quei Paesi della UE che non partecipano alla cooperazione rafforzata, ma che sono parti contraenti dell'accordo) hanno, per così dire, un giudice *ad hoc* o specializzato competente a giudicare sulle controversie in materia⁷.

3. *La ratifica dell'accordo da parte della Germania*

Il contrastato cammino dell'accordo è segnato anche da difficoltà emerse a livello nazionale. In Germania, la procedura di ratifica dell'accordo è stata oggetto di una sentenza della Corte costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*)⁸ che ha dichiarato nullo il procedimento di ratifica perché, trattandosi di un accordo internazionale che modifica il diritto UE, richiede l'approvazione della maggioranza dei due terzi del Parlamento. È stato dunque necessario avviare un secondo procedimento di ratifica, che ha condizionato l'entrata in vigore dell'accordo (subordinato al deposito del tredicesimo strumento di ratifica da parte degli Stati, tre dei quali dovevano essere rappresentati, *ex art. 89* dell'accordo, da Repubblica federale tedesca, Regno Unito, Francia)⁹.

4. *La sentenza della Corte costituzionale tedesca*

La sentenza della Corte tedesca è utile per meglio comprendere quale è l'incidenza dell'accordo nel diritto nazionale, strettamente connesso al diritto UE, pur essendo un accordo internazionale, ma promosso dalle istituzioni

⁷ La competenza del Tribunale, esclusiva, è disciplinata dall'art. 32 (nove sono le materie, da *a* ad *i*, come si dirà pure oltre, qui indicate). I Paesi membri che non partecipano alla cooperazione rafforzata sono Spagna e Croazia; quelli che hanno sottoscritto e ratificato l'accordo sono diciassette; quelli che non l'hanno sottoscritto sono Spagna, Croazia e Polonia. Cfr. l'11° "considerando" sulla possibile adesione all'accordo di qualsiasi Stato membro dell'Unione, anche se non partecipano alla cooperazione rafforzata (ma "possono partecipare [...] per quanto riguarda i brevetti europei rilasciati per il rispettivo territorio").

⁸ Sentenza del 13 febbraio 2020, pubblicata il 20 marzo 2020, su cui, anche per alcuni riferimenti, *L'Accordo su un tribunale unificato dei brevetti, il recesso del Regno Unito e la decisione della Corte costituzionale tedesca sulla nullità dell'Atto di ratifica*, in *rivista.eurojus.it*, 2020.

⁹ L'indicazione di tali Stati è ricavabile per via indiretta, poiché l'art. 89 precisa che nei tredici devono essere "inclusi i tre Stati nei quali il maggior numero di brevetti europei aveva effetto nell'anno precedente a quello in cui ha luogo la firma dell'accordo". Sulle vicende relative al procedimento di ratifica cfr. il riferimento nella nota precedente.

dell'Unione e aperto alla firma soltanto dei Paesi membri. Sono, queste, due caratteristiche importanti: internazionalità, limitazione ai soli Paesi membri della UE. Il Tribunale dei brevetti, osserva il giudice tedesco, giudica su diritti e rivendicazioni fondate sul diritto UE, è vincolato a tale diritto e, ritiene la Corte costituzionale, la procedura seguita per la sua conclusione ha modificato il TFUE (tale procedura sarebbe stata equivalente a quella prevista dall'art. 48 TUE in caso di revisione). Sarebbe stata, infatti, seguita una procedura diversa da quella prevista dall'art. 262 TFUE sull'attribuzione, all'unanimità, alla Corte di giustizia, di una competenza giurisdizionale su controversie in materia di titoli europei di proprietà intellettuale¹⁰. La procedura all'unanimità è stata sostituita dalla cooperazione rafforzata, ma sarebbe diventata sia una modifica sostanziale del diritto UE ai sensi della legge fondamentale (*Grundgesetz*), sia un trasferimento di giurisdizione, cioè di diritti sovrani costituzionalmente rilevanti. Al Tribunale, in virtù dell'accordo, sono stati trasferiti (secondo la Corte tedesca) poteri giudiziari vincolanti in tutti gli Stati che lo ratificano, e quindi ciò avverrebbe anche in Germania ove il potere giurisdizionale è esercitato da giudici nazionali (Corte costituzionale, tribunali federali, tribunali dei *Länder*). La struttura del sistema giudiziario tedesco, prevista dal *Grundgesetz*, sarebbe stata, così, modificata.

¹⁰ L'art. 262 TFUE prevede l'attribuzione alla Corte di giustizia di una competenza specifica in materia. La norma così dispone: "Fatte salve le altre disposizioni dei trattati, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare disposizioni intese ad attribuire alla Corte di giustizia dell'Unione europea, nella misura da esso stabilita, la competenza a pronunciarsi su controversie connesse con l'applicazione degli atti adottati in base ai trattati che creano titoli europei di proprietà intellettuale. Tali disposizioni entrano in vigore previa approvazione degli Stati membri, conformemente alle rispettive norme costituzionali". Il parere 1/09, peraltro, precisa, punti 61-62, che l'art. 262 non esclude ("non instaura un monopolio della Corte nella materia in questione") che possano essere attribuite competenze giurisdizionali ad organo diverso dalla Corte. Nella proposta di decisione del Consiglio che istituisce il Tribunale del brevetto comunitario e disciplina i ricorsi in appello dinanzi al Tribunale di primo grado, COM (2003) 828 def. del 23.12.2003, era stata proposta l'istituzione di una "camera giurisdizionale" denominata "Tribunale del brevetto comunitario", "affiancata al Tribunale di primo grado delle comunità europee". La base giuridica era l'art. 225A del TCE, introdotto dal Trattato di Nizza, poi divenuto art. 257 TFUE, che prevede l'istituzione di "tribunali specializzati affiancati al Tribunale, e incaricati di conoscere in primo grado di talune categorie di ricorsi proposte in materie specifiche". Sui "tribunali specializzati" cfr. il Titolo IV *bis* (composto da una sola norma, l'art. 62 *quater*) dello Statuto della Corte di giustizia. Unico tribunale specializzato fu quello della funzione pubblica, sciolto nel 2016, con attribuzione delle competenze (regolamento 2016/1192 del 6.7.2016) al Tribunale dell'Unione.

5. *La creazione di un sistema giurisdizionale nuovo, internazionale ed europeo, integrato nel sistema giurisdizionale della UE e dei suoi Stati membri in quanto “giudice comune”. Il primato del diritto UE, la responsabilità extracontrattuale per danni e la responsabilità per violazione del diritto UE*

Con il Tribunale unificato nasce, invero, un sistema giurisdizionale nuovo, di origine internazionale, ma integrato nel sistema proprio dell’Unione europea e dei suoi Stati membri. Questa novità ovvero questa soluzione “ibrida” può giustificare, almeno in parte, le difficoltà della sua creazione e entrata in funzione. Il Tribunale è un giudice comune agli Stati membri, è soggetto agli stessi obblighi del giudice nazionale per quanto riguarda il rispetto del diritto UE, ha una competenza esclusiva sia per i brevetti europei con effetto unitario, sia per i brevetti europei.

Il preambolo dell’accordo ben esprime le motivazioni. Fra queste la necessità per le imprese, le piccole e medie imprese in particolare, di poter ricorrere a un giudice comune in un contesto in cui esistono una “frammentazione del mercato dei brevetti” e “notevoli divergenze tra gli ordinamenti giurisdizionali nazionali” che “pregiudicano l’innovazione”. Le difficoltà per le imprese consistono “nel dare esecuzione ai loro brevetti e nel difendersi da rivendicazioni infondate” e “da rivendicazioni relative a brevetti che dovrebbero essere revocati”¹¹.

Il contesto generale è quello dunque della creazione di un mercato interno nell’ambito del processo di integrazione europea in cui va garantita la certezza del diritto, vanno rispettati obblighi, quali l’obbligo di leale cooperazione *ex art. 4, par. 3 TUE*, e l’obbligo, proprio grazie al Tribunale, di “assicurare la piena applicazione, nonché il rispetto, del diritto dell’Unione” nei territori degli Stati membri e “la tutela giurisdizionale dei diritti delle persone fisiche conferiti da tale diritto”¹².

Il Tribunale rispetta, ed applica, non diversamente da “qualsiasi organo giurisdizionale nazionale”, il diritto dell’Unione; deve assicurare “la corretta applicazione e l’interpretazione uniforme” cooperando con la Corte di giu-

¹¹ Cfr. il 2° “considerando” e il 1° cpv.

¹² Cfr. il preambolo, 1° e 2° “considerando”, 1° e 2° cpv. La definizione di giudice comune non è esclusiva del Tribunale, il parere 1/09 ricordando la stessa natura della Corte del Benelux, pur trattandosi di giudice con funzioni diverse e con parti contraenti di limitato numero: cfr. parere, punto 82; cfr. pure oltre, riferimenti alla nota 19 (la Corte del Benelux fu istituita con trattato del 31.3.1963, modificato con protocollo del 15.10.2012).

stizia, basandosi sulla giurisprudenza della stessa e ponendo domande di pronuncia pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*¹³. Si tratta di una cooperazione fondamentale, che deve tenere conto del ruolo della Corte e dei giudici nazionali, secondo quanto dispone l'art. 19 TUE sui diversi, ma comuni ruoli dei giudici nel sistema giurisdizionale dell'Unione¹⁴. Il Tribunale ha dunque, come si è detto, gli obblighi che incombono ai giudici nazionali e, alla luce delle carenze che la Corte aveva evidenziato nel parere 1/09, vengono precisati tre profili.

a) Il primo profilo riguarda l'affermazione o, meglio, la riaffermazione del primato del diritto UE, in esso comprendendo *i)* i Trattati; *ii)* la Carta dei diritti fondamentali; *iii)* i principi generali di diritto sviluppati dalla Corte, in particolare quello a un giusto processo (“a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice e a che la causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale”); *iv)* la giurisprudenza della Corte; *v)* il diritto derivato¹⁵.

b) Il secondo riguarda la responsabilità extracontrattuale per danni, in solido, degli Stati membri se il Tribunale viola il diritto dell'Unione, compreso la mancata domanda di pronuncia pregiudiziale¹⁶.

c) Il terzo riguarda la possibilità che venga instaurata una procedura di infrazione (*ex art. 258, art. 259, art. 260 TFUE*) per violazione del diritto UE da parte del Tribunale, contro qualsiasi Stato membro “per garantire il rispetto del primato e la corretta applicazione del diritto dell'Unione” (le violazioni, compresa la mancata domanda di pronuncia pregiudiziale, “sono direttamente imputabili agli Stati membri contraenti”, che sono singolarmente e collettivamente responsabili)¹⁷.

¹³ Cfr. l'8° “considerando”.

¹⁴ Dispone l'art. 19, par. 1 che la Corte di giustizia dell'Unione europea “comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i Tribunali specializzati”; essa “assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati”; e al par. 2 che è obbligo degli Stati membri stabilire “i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”.

¹⁵ Cfr. sul primato il preambolo, 1° e 3° cpv. e l'art. 20. Il primato del diritto UE è pure ricordato nel 7° “considerando”, a proposito dell'obbligo della Corte di “assicurare l'uniformità dell'ordinamento giuridico dell'Unione” e, appunto, “il primato” del diritto dell'Unione. Sul primato, in epoca più recente, v. le sentenze del 22 febbraio 2022, causa C-430/21, *RS*, punto 88; e del 22 marzo 2022, causa C-509/19, *M.F.*, punto 74.

¹⁶ Cfr. il 9° “considerando” e l'art. 22.

¹⁷ Cfr. il 10° “considerando” e l'art. 23.

6. *In particolare, la previsione espressa sul primato*

L'accordo, diversamente dai Trattati UE e FUE, prevede espressamente il primato (art. 20), contemplato soltanto in una dichiarazione (la n. 17) allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona (del 13.12.2007), volendo qui ribadire, se mai ve ne fosse bisogno, un principio fondamentale del diritto UE, soprattutto nei rapporti con gli ordinamenti nazionali.

L'accordo è, anzi, esplicito nel precisare la varietà di fonti che appartengono al diritto UE (art. 24): il diritto primario e quello derivato, la Carta, i principi generali, la stessa giurisprudenza della Corte. Ed è proprio la Corte, come è noto, che afferma e descrive le ragioni del primato, imponendosi agli Stati membri e ai suoi giudici, cui il Tribunale è equiparato.

7. *L'equiparazione al giudice nazionale: il rinvio pregiudiziale*

Questa equiparazione viene richiamata (art. 23) a proposito dell'applicabilità del rinvio pregiudiziale da parte dei due organi che compongono il Tribunale: il tribunale di primo grado e la corte d'appello quando si pongono questioni di interpretazione e di validità del diritto UE. L'accordo precisa, invero, che il Tribunale è "organo comune agli Stati membri contraenti e parte del loro ordinamento giudiziario", cooperando con la Corte di giustizia per "garantire la corretta applicazione e interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, come per ogni tribunale nazionale" e precisa pure che "le decisioni della Corte sono vincolanti per il tribunale".

Si applicano (art. 38 dello Statuto del Tribunale, allegato I e art. 266 del Regolamento di procedura che, *ex art.* 41 dell'accordo, "è conforme" allo stesso "e allo statuto") le stesse procedure previste per il rinvio ai sensi dell'art. 267 TFUE, distinguendo fra facoltà (per il tribunale di primo grado) e obbligo (per la corte d'appello) quando non siano più consentiti altri mezzi di ricorso contro la decisione di tale giudice¹⁸.

¹⁸ L'art. 266 rinvia espressamente al Regolamento di procedura della Corte di giustizia. Il Regolamento di procedura del Tribunale è previsto dall'art. 41 dell'accordo, è adottato dal comitato amministrativo (art. 12 accordo) ed è anch'esso "sottoposto" al diritto UE, essendo richiesto (art. 41, par. 2) "il parere previo della Commissione europea sulla" sua "compatibilità" con tale diritto (il parere è richiesto anche per le modifiche, che comunque non possono "contraddi[re]" l'accordo e lo Statuto).

8. *La collocazione nel sistema giurisdizionale dell'Unione*

Le caratteristiche del sistema giurisdizionale così creato e le ragioni della sua integrazione nel sistema UE si comprendono meglio se si ha riguardo alle lacune che il parere 1/09 ha segnalato, considerando imprescindibili alcuni elementi se lo scopo era quello di creare un sistema giurisdizionale integrato.

Le caratteristiche del Tribunale sono non solo descritte nell'accordo, ma deducibili *a contrario* dal parere 1/09 che, come si è detto, ritenne non conforme al diritto UE il progetto del Consiglio perché l'accordo, che era, appunto, progettato come "misto" (ne sarebbe stata parte anche l'Unione, nonché gli Stati terzi aderenti alla Convenzione di Monaco)¹⁹. Il contrasto consisteva nel fatto che l'accordo *a)* avrebbe conferito una competenza esclusiva a un giudice, internazionale, "situato all'esterno della cornice istituzionale e giurisdizionale dell'Unione"; *b)* avrebbe privato i giudici nazionali "delle competenze in materia di interpretazione e applicazione" del diritto UE; *c)* avrebbe privato la Corte di giustizia "della propria competenza a risolvere, in via pregiudiziale, le questioni proposte "dai giudici nazionali, con la conseguenza che sarebbero state "snatur[ate] le competenze attribuite dai Trattati alle istituzioni dell'Unione e agli Stati membri, le quali sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa del diritto dell'Unione"²⁰.

Il Tribunale viene quindi ricondotto in quella cornice istituzionale in cui il rinvio pregiudiziale, ovvero la cooperazione fra Corte e giudice nazionale (che mira a prevenire le divergenze interpretative del diritto dell'Unione) rappresenta l'architrave o pilastro del sistema dell'Unione²¹.

¹⁹ Si ricorda che proprio in quanto accordo "misto" era stato richiesto *ex art.* 218, par. 11 TFUE un parere alla Corte di giustizia. L'accordo sul Tribunale non è tale; il Tribunale è giudice comune e quindi può proporre rinvio pregiudiziale) al pari di altro giudice comune quale è la corte del Benelux (già ricordata alla nota 12). Su tale Corte, v. sentenze del 4 novembre 1997, causa C-337/95, *Parfums Christian Dior*, punti 20-26, richiamata da 14 giugno 2011, causa C-196/09, *Miles e a.*, punti 40 e 41 (si esclude che la Camera di ricorso delle Scuole europee, non essendo un giudice comune, possa fare un rinvio pregiudiziale). Entrambe le sentenze sono richiamate da 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, punti 47-48, per escludere che un collegio arbitrale, istituito da un accordo fra due Stati relativo alla promozione e tutela reciproche degli investimenti, abbia le caratteristiche di un giudice comune.

²⁰ Cfr. il punto 89 del parere.

²¹ Su tale definizione cfr., fra le altre, la sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, punto 23; *Achmea*, cit., punto 37 ("chiave di volta del sistema giurisdizionale"); cfr. pure la sentenza della Corte cost. dell'11 marzo 2022, n. 67, punti 10-11.

La definizione di organo giurisdizionale comune agli Stati membri è essenziale per comprenderne la natura. Un altro organo giurisdizionale, di composizione e competenza diversa quale è la Corte del Benelux, ha la stessa definizione e viene assunto come elemento di confronto, e in qualche modo anche come modello, nel parere 1/09 perché (pur avendo competenze diverse) è situato nel sistema giurisdizionale dell'Unione: "le sue pronunce sono soggette a procedure in grado di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione"²².

9. *I due regolamenti che compongono il pacchetto. La disciplina sostanziale*

Alcuni rilievi meritano i due regolamenti che compongono il pacchetto.

Il regolamento 1257/2012 rappresenta, in particolare, la disciplina sostanziale della tutela brevettuale unitaria, che ha come base giuridica l'art. 118 TFUE (che è norma sul riavvicinamento delle legislazioni nell'ambito dell'instaurazione o funzionamento del mercato interno, specificamente sulla "creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei titoli di proprietà intellettuale"). Una disciplina che è strettamente connessa all'accordo sul Tribunale, come lo stesso regolamento riconosce, sia subordinando l'applicabilità del regolamento a quella dell'entrata in vigore dell'accordo (art. 18, par. 2),²³ sia dichiarando necessaria, "essenziale" l'istituzione di un Tribunale unificato che giudichi le controversie sui brevetti europei con effetto unitario e che garantisca "il corretto funzionamento di tali brevetti", che garantisca "la coerenza della giurisprudenza e quindi la certezza del diritto, nonché l'efficienza dei costi per i titolari dei brevetti"²⁴. Di qui la raccomandazione a che gli Stati partecipanti alla cooperazione raf-

²² Cfr. il punto 82 del parere.

²³ Il regolamento, come si è detto, si applica dal 1.6.2023, come l'accordo: cfr. la nota 1.

²⁴ Sembra utile ricordare, quanto alle norme di carattere sostanziale, che tali sono, rappresentando un'anomalia, anche alcune norme, artt. 25-27 dell'accordo. Esse riguardano il diritto di impedire l'utilizzazione diretta (art. 25) e indiretta (art. 26) dell'invenzione e i limiti e gli effetti di un brevetto (art. 27); erano, invero, contenute nella proposta di regolamento del Consiglio sul brevetto comunitario COM (2000) 412 def. cit., artt. 7-9. Cfr. sul punto, soprattutto sulle ragioni di tale "spostamento" di norme (relative ai diritti di esclusiva del titolare e ai limiti degli effetti), C. HONORATI, *Il diritto*, cit., p. 148 ss.; J. ALBERTI, *New Developments*, cit., p. 15 s.; A. MIGLIO, *La giurisdizione*, cit., *loc. cit.* (riferimenti *ivi*).

forzata ratifichino l'accordo e rendano "operativo quanto prima" il Tribunale e, dunque, il sistema unificato di risoluzione delle controversie²⁵.

Una tutela brevettuale unitaria, insomma, sarebbe incompleta se non vi fosse anche un giudice specializzato, *ad hoc*, che assicuri una protezione sostanziale, uniforme al titolo di proprietà intellettuale.

10. *L'equiparazione del Tribunale a un giudice nazionale. La competenza internazionale e il riconoscimento delle sentenze (le modifiche al regolamento Bruxelles I bis)*

L'equiparazione del Tribunale all'autorità giurisdizionale di uno Stato membro ha avuto l'effetto di far modificare il regolamento Bruxelles I *bis* (n. 1215/2012 del 12.12.2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale), in modo da definire la competenza internazionale del Tribunale, che è disciplinata dal regolamento, lasciando all'accordo la disciplina del riparto interno di competenza fra divisioni.

Il Tribunale, ai fini dell'applicabilità del regolamento, è equiparato a un giudice nazionale sotto diversi profili²⁶. La giurisdizione si esercita nelle materie di cui alla disciplina sostanziale applicabile, il Tribunale sostituendosi al giudice nazionale ed esercitando una competenza assai estesa nei confronti dei convenuti (che abbiano, o non, il domicilio in uno Stato membro). È parificato a un giudice nazionale anche per quanto riguarda l'applicabilità delle norme in materia di litispendenza e connessione, e per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni: le sue decisioni beneficiano dello stesso regime previsto dal regolamento Bruxelles I *bis* (e sono, dunque,

²⁵ Cfr. il "considerando" n. 25, nonché il n. 24, del regolamento, richiamati dalla sentenza *Regno di Spagna* cit., punto 106.

²⁶ Sullo stretto legame fra l'accordo e il regolamento Bruxelles I *bis* cfr. il 12° "considerando" e l'art. 89 dell'accordo, l'entrata in vigore dell'accordo essendo subordinata a quella delle modifiche al regolamento Bruxelles I *bis*. Il regolamento che modifica quest'ultimo è il 542/2014 del 15.5.2014; vengono inseriti gli articoli 71 *bis*, 71 *ter*, 71 *quater*, 71 *quinquies*. Sulle ragioni delle modifiche si vedano anche i "considerando" n. 5 e n. 11 del regolamento. Le norme del regolamento riguardano sia il Tribunale unificato dei brevetti, sia la Corte di giustizia del Benelux: si vedano in argomento i rilievi di C. HONORATI, *Der einheitliche Patentschutz in der Europäischen Union: Gerichtsbarkeit und anwendbares Recht*, in *Jahrb. f. ital. Recht*, 2017, p. 11 ss.; A. MIGLIO, *La giurisdizione*, cit., *loc. cit.*, ivi riferimenti; nonché P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *The Unified*, cit., *loc. cit.*

riconosciute ed eseguite in uno Stato membro che non è parte dell'accordo; se invece provengono da un giudice del predetto Stato, sono riconosciute ed eseguite in un altro Stato membro, e se il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni del Tribunale riguardano uno Stato membro che è parte dell'accordo, si applicano le disposizioni dell'accordo anziché quelle del regolamento)²⁷.

Il meccanismo è complesso, ma il legame fra accordo e regolamento Bruxelles I *bis* è confermato espressamente dall'art. 31 dell'accordo che proprio in tema di competenza internazionale dispone che la "competenza internazionale del tribunale è stabilita conformemente al regolamento"²⁸.

11. *L'applicazione del diritto UE nella sua integralità. I principi generali*

Alcuni rilievi meritano l'applicazione dei principi generali da parte del Tribunale e la competenza pregiudiziale.

Come si è detto, il Tribunale deve applicare (art. 20 accordo), il diritto UE nella sua integralità rispettando il primato come prevede l'art. 20 dell'accordo, e quindi anche i principi generali del diritto (evocati nel preambolo, 3° cpv.) che sono il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte (sono di origine "pretoria"). Si tratta di principi noti, come quello dell'effetto diretto, del primato (di cui alla dichiarazione n. 17 già ricordata), di leale cooperazione, di certezza del diritto, di legittimo affidamento. Sono principi non scritti, che integrano il sistema giuridico dell'Unione, integrandolo e colmandone le lacune. L'art. 20 sul primato viene richiamato dall'art. 24 che è norma generale sulle fonti del diritto che il Tribunale deve applicare. Cinque (come già accennato) sono le fonti: *a*) il diritto UE, inclusi i due regolamenti del "pacchetto"; *b*) l'accordo; *c*) la Convenzione di Monaco-CBE; *d*) altri accordi internazionali applicabili ai brevetti e vincolanti per tutti gli Stati membri contraenti; *e*) il diritto nazionale.

12. *Il riferimento al diritto UE in senso ampio e la competenza pregiudiziale*

Il riferimento al diritto UE quale fonte è da intendersi, dunque, in senso

²⁷ Sulla competenza cfr. l'art. 71 *ter* (e i "considerando" n. 6 e n. 7); sulla litispendenza e connessione cfr. l'art. 71 *quater* (e i "considerando" n. 8 e n. 9); sul riconoscimento e l'esecuzione cfr. l'art. 71 *quinquies* (e i "considerando" n. 10 e n. 11).

²⁸ L'art. 31 precisa inoltre che, ove applicabile, la competenza è stabilita in base alla Convenzione di Lugano del 30.10.2007 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

ampio, ed in tale ambito, ampio, se ne deve tenere conto a proposito della competenza pregiudiziale riconosciuta al tribunale di primo grado e alla corte d'appello. La competenza pregiudiziale riguarda il diritto primario e quello derivato, e dunque le norme sulla proprietà intellettuale, quale la direttiva c.d. *enforcement* 2004/48 (del 29.4.2004 “sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale”) cui peraltro l'accordo si ispira in più norme (artt. 60, 62, 63, 64, 68, rispettivamente sull'ordine di protezione delle prove, sulle misure provvisorie e cautelari, sulle ingiunzioni permanenti, sulle misure correttive nei procedimenti per violazione, sul risarcimento del danno). Riguarda le norme in materia di libera circolazione delle merci (anche in relazione a quanto dispone l'art. 29 dell'accordo sull'esaurimento dei diritti conferiti da un brevetto europeo); le norme in materia di libera concorrenza (si ricorda, per esempio, come la disciplina delle licenze e del trasferimento di tecnologie, suscettibile di configurare un'intesa restrittiva della concorrenza, beneficia di un'esenzione generale quando risponda alle condizioni di cui al regolamento 772/2004 sugli accordi di trasferimento di tecnologia)²⁹.

13. *La competenza pregiudiziale sull'accordo*

Poiché fonte del diritto applicabile da parte del Tribunale è anche l'accordo (art. 24), possono porsi questioni interpretative dello stesso in relazione al diritto UE, e quindi il tribunale potrà porre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, per esempio circa la compatibilità dell'accordo con norme e principi di diritto UE.

Suscettibile di interpretazione potrebbe essere la definizione *ex art. 32* delle materie di competenza esclusiva del Tribunale, alcune delle quali sono riservate alla competenza della divisione centrale (art. 33, par. 4 e par. 9) e, quindi, sottratte alla competenza delle divisioni locali o regionali³⁰.

²⁹ Si vedano in proposito i rilievi di C. HONORATI, *Il diritto applicabile*, cit., p. 126 s.

³⁰ Sono di competenza della divisione centrale quelle indicate nell'art. 32 alla lettera b) “azioni di accertamento di non violazione di brevetti e certificati protettivi complementari”; alla lettera d) “azioni di revoca dei brevetti e di accertamento di nullità dei certificati protettivi complementari”; alla lettera i) “azioni concernenti decisioni prese dall'Ufficio europeo dei brevetti nello svolgimento dei compiti di cui all'articolo 9 del regolamento (UE) n. 1257/2012” (cioè dei compiti amministrativi nel quadro dell'Organizzazione europea dei brevetti).

14. *La tutela offerta dalla Carta*

L'applicazione dell'accordo, delle regole procedurali contenute nella parte III (artt. 40-82) e nel Regolamento di procedura, potrebbe suscitare dubbi quanto alla conformità con i diritti fondamentali garantiti dalla Carta, in particolare con le regole del giusto processo *ex art. 47* ("diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale"). Ma anche con quelle sul diritto di proprietà (art. 17, che al par. 2 espressamente prevede che "La proprietà intellettuale è protetta")³¹.

Il Tribunale dovrà anche decidere nel rispetto dei principi generali, e quindi dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, in virtù dell'art. 6, par. 3 TUE, "fanno parte integrante del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

15. *La creazione di un giudice comune e il dialogo fra le Corti*

Le norme e i principi di cui il Tribunale deve tenere conto, che deve dunque interpretare e applicare in conformità al diritto UE rappresentano un *corpus* giuridico complesso ed eterogeneo. Come lo è, d'altra parte, il Tribunale che è giudice internazionale per quanto riguarda lo strumento che vi ha dato origine, e multinazionale per quanto riguarda la composizione dei collegi del tribunale di primo grado e della corte d'appello (artt. 8 e 9 dell'accordo), ma che è giudice europeo quanto agli Stati che sono parti contraenti dell'accordo e che partecipano alla cooperazione rafforzata³².

³¹ Sul rispetto del principio relativo all'equo processo cfr. quanto si è detto in precedenza, 3° cpv. dell'accordo, Quanto al diritto di proprietà, la "Spiegazione relativa all'articolo 17" (sull'obbligo in generale di "tener conto" delle Spiegazioni, cfr. art. 6, par. 1 TUE e art. 52, par. 7 Carta, i giudici dell'Unione e degli Stati membri dovendo, appunto, tenere "nel debito conto" le Spiegazioni relative alla Carta, "elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione" della Carta) precisa che "Oltre alla proprietà letteraria e artistica la proprietà intellettuale copre, tra l'altro, il diritto dei brevetti e dei marchi e i diritti analoghi". Le garanzie previste, in generale, per il diritto di proprietà (par. 1 dell'art. 17) "si applicano opportunamente alla proprietà intellettuale".

³² Sulla componente internazionale e multinazionale è utile ricordare non solo la diversa localizzazione della Divisione centrale e delle sue sezioni, nonché delle divisioni locali e regionali, ma anche la sede di Lussemburgo per la corte d'appello e per la cancelleria (artt. 9, 10); le sedi di Lubiana e di Lisbona per il Centro di mediazione e arbitrato (art. 35) e quella di Budapest per le strutture relative al "quadro di formazione" dei giudici (art. 19 e art. 11 Statuto)

È un giudice, come si è detto, comune agli ordinamenti nazionali e che si inquadra nel sistema giurisdizionale dell'Unione: “applica il diritto dell'Unione nella sua integralità e ne rispetta il primato” (art. 20); le sue decisioni sono vincolanti, “esecutive in qualsiasi Stato membro contraente” (art. 82).

Con la creazione di questo giudice comune il dialogo fra le Corti, spesso evocato nel considerare i rapporti fra giudici nazionali e giudici sovranazionali, si amplia: è richiesto un nuovo impegno agli operatori del diritto per quanto riguarda la conoscenza della giurisprudenza del Tribunale, la sua conformità al diritto UE, la sua effettiva integrazione nel sistema giurisdizionale dell'Unione, pur in presenza di una forma di integrazione che era, ed è, ancora differenziata e che, a maggior ragione, richiede un impegno quanto alla conoscenza del diritto UE e alla sua applicazione³³.

³³ Per alcuni rilievi su questa forma di integrazione, M. CONDINANZI, *L'integrazione differenziata nell'ambito dell'Unione europea*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, Napoli, 2015, p. 405 ss.; A. MIGLIO, *Integrazione*, cit., spec. p. 225 ss. (riferimenti *ivi*).

LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E L'OPERATIVITÀ
DEI MOTIVI DI NON-ESECUZIONE DEL MAE
ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Valeria Salese*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: la tutela dei diritti fondamentali alla prova del MAE. – 2. Le strette maglie dei motivi di non esecuzione del MAE: un riepilogo. – 3. L'allargamento in via interpretativa delle maglie dei motivi di non-esecuzione: l'art. 1, par. 3, della decisione quadro. – 4. Nuove istanze per l'estensione dei motivi di non-esecuzione ammessi in via interpretativa. – 4.1. Il diritto alla salute e i rimedi elaborati nella sentenza *E.D.L.* – 4.2. La funzionalità del *test Aranyosi-LM*: aggiustamenti alla luce della recente giurisprudenza. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive: la tutela dei diritti fondamentali alla prova del MAE*

La riflessione sul tema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione assume un significato particolare nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale che, essendo fondato sul mutuo riconoscimento e sulla presunzione che il livello di tutela sia equivalente in tutti gli Stati membri¹, risulta particolarmente sensibile alla tensione tra gli obblighi di cooperazione imposti alle autorità nazionali e le esigenze di tutela degli individui riguardati dalle procedure. In questo, come anche in altri contesti caratterizzati da meccanismi affini², la tutela dei diritti

* Dottoranda di ricerca in Public, European and International Law presso Università degli Studi di Milano-Bicocca.

¹ Cfr., *ex plurimis*, E. REGAN, *The role of the principles of mutual trust and mutual recognition in EU law*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2018, p. 232; M. FICHERA, *Criminal Law beyond the State: the European Model*, in *European Law Journal*, 2013, p. 174; C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario penale e libera circolazione delle decisioni penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 73; S. PEERS, *Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it through?*, in *Common Market Law Review*, n. 1, 2004, p. 5.

² Si veda ad esempio, con riferimento al sistema comune di asilo, 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.

fondamentali si collega direttamente al limite agli obblighi di cooperazione e mutuo riconoscimento.

La tensione evidenziata si manifesta con particolare evidenza in riferimento all'attuazione della decisione quadro 2002/584/GAI relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri³ ("decisione quadro") dove, infatti, la garanzia dei diritti fondamentali assume rilievo come motivo di non-esecuzione del mandato d'arresto europeo ("MAE"). Le disposizioni della decisione quadro che identificano i motivi per cui è consentito venire meno agli obblighi di cooperazione operano una distinzione tra motivi di rifiuto obbligatori (artt. 3 e 4 *bis* della decisione quadro) e facoltativi (art. 4 della decisione quadro), ma presentano come tratto comune il fatto di essere sottese a individuare delle garanzie a favore delle persone raggiunte dal mandato.

Tuttavia, il quadro legislativo non esaurisce le ipotesi in cui la protezione dei diritti fondamentali può arrestare il meccanismo di cooperazione. E, infatti, alla luce delle problematiche emerse nella prassi applicativa, ulteriori cause di non esecuzione del mandato sono state individuate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ("Corte" o "CGUE").

Con questa premessa sullo sfondo, l'oggetto dell'indagine attiene ad alcuni aspetti dell'operatività delle cause di non-esecuzione connesse alla tutela dei diritti fondamentali e, in particolare, a quelle ammesse in via interpretativa. La riflessione è resa particolarmente attuale da alcune recenti pronunce in cui i giudici di Lussemburgo, oltre ad affrontare il profilo della potenziale estensione dei diritti fondamentali rilevanti, hanno riesaminato la modalità attraverso cui le autorità nazionali devono svolgere la valutazione sul rischio corso dalla persona richiesta.

2. *Le strette maglie dei motivi di non esecuzione del MAE: un riepilogo*

Le difficoltà sperimentate nel tentativo di conciliare gli obiettivi di

³ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica che le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo.

cooperazione con la tutela degli individui sono testimoniate dal ripetuto intervento delle Corti costituzionali nazionali⁴ che, sin dalla prima sentenza in materia di MAE – *Advocaten voor de Wereld*⁵ – hanno sollecitato la CGUE a confrontarsi sul tema.

In questo contesto, il di poco successivo rinvio del Tribunale costituzionale spagnolo nel caso *Melloni*⁶ ha dato alla CGUE occasione di pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 4 *bis* della decisione quadro col diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e con i diritti di difesa dell'imputato sanciti dagli artt. 47 e 48, par. 2, della Carta, nonché sul significato dell'art. 53 della stessa Carta. La sentenza contiene affermazioni di storico rilievo su due aspetti essenziali del meccanismo del MAE: è stata chiarita la portata dell'art. 4 *bis* della decisione quadro rubricato "Decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente" e ne è stato precisato l'impatto (preclusivo) sulla discrezionalità delle autorità nazionali di rifiutare l'esecuzione del mandato al di fuori delle ipotesi ivi ricomprese.

Infatti, vagliata la piena conformità dell'elenco dei motivi che giustificano il rifiuto dell'esecuzione di cui all'art. 4 *bis* con i diritti di difesa di cui agli artt. 47 e 48 della Carta invocati nella prima questione pregiudiziale, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che la decisione quadro enuncia "in maniera esaustiva"⁷ i motivi di rifiuto dell'esecuzione. Seguendo la formula inaugurata in *Radu* secondo cui l'esecuzione del mandato è la regola, e la non-esecuzione è l'eccezione⁸, si afferma che i motivi di non-esecuzione sono

⁴ Sull'atteggiamento delle Corti costituzionali nazionali, cfr. J. KOMÁREK, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: in Search of the Limits of "Contrapunctual Principles"*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 9; D. SARMIENTO, *European Union: The European Arrest Warrant and the Quest for Constitutional Coherence*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, p. 171; L. DANIELE, *Il dialogo tra Corte di giustizia e Corti supreme degli Stati membri: il caso del mandato di arresto europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 433; T. REINBACHER, M. WENDEL, *The Bundesverfassungsgericht's European Arrest Warrant II Decision*, in *German Law Journal*, 2016, p. 702.

⁵ Sentenza della Corte del 3 maggio 2007, causa C-303/05. Il giudice rimettente, la Corte costituzionale belga, evidenziava sia il possibile contrasto con i diritti fondamentali dell'abolizione del requisito della doppia incriminazione, sia la potenziale illegittimità dell'allora art. 34 TUE come base giuridica. Si veda, *ex multis*, G. GATTINARA, *Il mandato d'arresto europeo supera l'esame della Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 183.

⁶ Sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, causa C-399/11.

⁷ *Ibidem*, punto 44.

⁸ *Ex multis*, si veda la di poco precedente sentenza della Corte del 29 gennaio 2013, causa C-396/11, *Radu*, punti 35-36.

pienamente “armonizzati”⁹ dalla decisione quadro con la conseguenza che l’art. 53 della Carta – che coordina le diverse fonti poste a tutela dei diritti fondamentali – non può essere interpretato nel senso di compromettere “il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione”¹⁰. L’effetto della pronuncia può essere riassunto nei termini che seguono: la piena armonizzazione delle eccezioni agli obblighi di cooperazione determina la compressione dei poteri discrezionali in capo alle autorità dell’esecuzione di invocare altre cause di non esecuzione fondate sulla necessità di salvaguardare i diritti fondamentali.

Sul tema delle tensioni tra gli obblighi di esecuzione e le garanzie individuali¹¹ si inserisce anche la di poco successiva sentenza *Jeremy F.*¹² che, riguardando l’impugnabilità della decisione di “assenso” all’estensione degli effetti del mandato già eseguito, è intervenuta a chiarire la portata degli artt. 27, par. 4 e 28, par. 3, lett. c), della decisione quadro¹³. Interpretando dette norme in combinato, la Corte ha affermato che la decisione di “assenso” dell’autorità nazionale deve intervenire entro trenta giorni dalla richiesta e può essere negata per i motivi di rifiuto, rispettivamente obbligatori e

⁹ Sentenza *Melloni*, cit., punti 43, 51 e 62.

¹⁰ *Ibidem*, punto 60. Per quanto riguarda l’interpretazione dell’art. 53 della Carta affrontato nella sentenza si rinvia a B. DE WITTE, *Article 53*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary*, Oxford, 2021, p. 1675; K. VON PAPP, *A Federal Question Doctrine for EU Fundamental Rights Law: Making sense of Articles 51 and 53 of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 2018, p. 511; A. TORREZ-PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, p. 308; L. BESSELINK, *The parameters of Constitutional Conflict after Melloni*, in *European Law Review*, 2014, p. 531; N. DE BOER, *Addressing Rights Divergences under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1083; B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 1181.

¹¹ Oltre al caso *Melloni*, si vedano, *ex multis*, sentenza della Corte del 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, in cui viene opposto il principio del *ne bis in idem* e sentenza della Corte del 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes da Silva*, in cui il limite all’esecuzione attiene al possesso della cittadinanza dello Stato dell’esecuzione della persona richiesta. Su alcune pronunce concernenti i motivi di non-esecuzione facoltativi di cui all’art. 4 della decisione quadro che non saranno affrontati in questa sede, cfr. S. MONTALDO, *Mandato d’arresto europeo, principio del reciproco riconoscimento e diritti del condannato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 226.

¹² Sentenza della Corte del 30 maggio 2013, causa C-168/13 PPU.

¹³ F. X. MILLET, *How Much Lenience for How Much Cooperation? On the First Preliminary Reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 195.

facoltativi, di cui agli artt. 3 e 4. Confermando che i motivi di rifiuto dell'esecuzione devono considerarsi esaustivamente disciplinati dalle relative disposizioni della decisione quadro, la sentenza richiama l'importanza che la garanzia dei diritti fondamentali riveste nell'ambito del meccanismo della decisione quadro¹⁴ e chiarisce anche che la mancata previsione di un ricorso sospensivo avverso detta decisione nel testo della decisione quadro non preclude agli Stati membri di introdurlo¹⁵, laddove “*in assenza di più ampie precisazioni [...]*, la decisione quadro lascia alle autorità nazionali un *ampio potere discrezionale* quanto alle concrete modalità di conseguimento degli obiettivi con essa perseguiti” (corsivi aggiunti)¹⁶.

Dunque, a pochi mesi dalla sentenza *Melloni*, il caso *Jeremy F.* offre un importante chiarimento. Alcuni aspetti attinenti al funzionamento del meccanismo del MAE, pur rimanendo *lato sensu* connessi alle eccezioni all'obbligo di cooperazione, tra cui la possibilità di impugnare le decisioni di estensione del mandato, esulano dalla disciplina dalla decisione quadro. La conclusione è che il diritto alla tutela giurisdizionale della persona raggiunta dal mandato può rilevare oltre i confini delle previsioni della decisione quadro con la conseguenza che, fermo restando che l'esecuzione del mandato può essere rifiutata solo quando sussistano i motivi di cui agli artt. 3, 4 e 4 *bis*, è consentito alle autorità nazionali introdurre un sistema di impugnazione della decisione di estensione dell'esecuzione¹⁷.

3. *L'allargamento in via interpretativa delle maglie dei motivi di non-esecuzione: l'art. 1, par. 3, della decisione quadro*

Nell'esame del rapporto tra i limiti all'esecuzione del mandato d'arresto europeo e la tutela dei diritti fondamentali, speciale attenzione è rivolta all'art. 1, par. 3, della decisione quadro. Questa previsione, collocata

¹⁴ Sentenza *Jeremy F.*, cit., punti 40 e 42. Si veda anche il punto 47 in cui la Corte constata che le disposizioni della decisione quadro che disciplinano lo svolgimento della cooperazione sono conformi all'art. 47 della Carta a prescindere dalle modalità di attuazione prescelte dai legislatori nazionali.

¹⁵ *Ibidem*, punto 51.

¹⁶ *Ibidem*, punto 52. La stessa formula è poi ribadita nella di poco successiva sentenza della Corte del 30 maggio 2013, causa C-168/12, *Melvin West*, punto 52. La pronuncia, in generale, vertendo sull'interpretazione delle stesse disposizioni della decisione quadro, ricalda lo schema di *Jeremy F.*, cit.

¹⁷ Sentenza *Jeremy F.*, cit., punto 53.

all'interno dell'articolo intitolato "Definizione del mandato d'arresto europeo ed obbligo di darne esecuzione" recita che "L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea non può essere modificato per effetto della presente decisione quadro". Dunque, a differenza delle disposizioni esaminate nelle decisioni oggetto della sezione precedente, l'art. 1, par. 3, non si occupa di disciplinare alcun aspetto sostanziale del meccanismo di cooperazione instaurato dalla decisione quadro. Piuttosto, collocato come norma di debutto dell'atto, esso sembra pensato come promemoria generale del fatto che l'Unione è dotata di un sistema di protezione dei diritti fondamentali che non perde di rilievo nel campo di applicazione della cooperazione giudiziaria in materia penale. In questo senso, mentre il primo articolo di un atto legislativo è di solito dedicato a definirne l'oggetto, il paragrafo 3 dell'art. 1 propone una formula tipicamente presente nei preamboli degli atti legislativi UE¹⁸ e, di fatti, un analogo richiamo all'art. 6 TUE e alla Carta è contenuto nel considerando n. 12. Anche se la sovrapposibilità di contenuto tra le frasi di rito dei preamboli e l'art. 1, par. 3, suggerisce che quest'ultimo abbia una funzione di mero supporto interpretativo¹⁹, la giurisprudenza ne ha restituito un'interpretazione che ha dirette conseguenze sugli aspetti sostanziali del meccanismo di cooperazione. Tale interpretazione ha infatti ampliato le maglie dei motivi di non-esecuzione del mandato oltre i confini designati dalle apposite disposizioni facendo dell'art. 1, par. 3, un "trampolino di lancio" per riconoscere nel rispetto dei diritti fondamentali

¹⁸ Si veda a titolo esemplificativo 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, il cui considerando n. 3 recita: "La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea." Rimanendo nell'area del diritto penale, un altro esempio è costituito dalla decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, al cui considerando n. 14, analogamente, si legge "La presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali ed è conforme ai principi riconosciuti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, segnatamente dagli articoli 10 e 11, e iscritti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare nei capitoli II e VI".

¹⁹ Così H. SATZGER, *Mutual Recognition in Times of Crisis – Mutual Recognition in Crisis? An Analysis of the New Jurisprudence on the European Arrest Warrant*, in *European Criminal Law Review*, 2018, p. 317.

un motivo a sé stante di esenzione alla cooperazione²⁰. Quest'impostazione risponde alle varie istanze che, in mancanza di una clausola di *ordre public* nel testo della decisione quadro, raccomandavano la necessità di rafforzare gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali delle persone raggiunte da un MAE²¹. La più famosa delle proposte risale alle conclusioni in *Radu* in cui l'Avvocato generale Sharpston esortava a considerare implicito che i diritti fondamentali rappresentino un legittimo motivo di non-esecuzione sottolineando come, interpretare diversamente l'articolo 1, paragrafo 3, rischierebbe di ridurne il significato a "un elegante luogo comune"²².

Sembra che la l'approccio inaugurato in *Aranyosi e Caldaru*²³ rispetto al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 4 della Carta e poi esteso a partire dalla sentenza *LM*²⁴ al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta abbia almeno in parte invero le esortazioni dell'Avvocato generale Sharpston. In questa giurisprudenza, per il tramite dell'art. 1, par. 3, la CGUE ha riconosciuto rilievo come causa di non esecuzione ad alcuni diritti fondamentali non espressamente presi in considerazione dalle disposizioni della decisione quadro sui motivi di non esecuzione. L'art. 4 della Carta stabilisce una proibizione assoluta della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti. Dunque, in analogia con quanto affermato in *N.S.* sul sistema comune di asilo²⁵, nella sentenza *Aranyosi e Caldaru* la CGUE ha riconosciuto che in alcune "circostanze eccezionali"²⁶ il rischio di subire trattamenti inumani o degradanti dovuti alle condizioni di sovraffollamento delle carceri nello Stato emittente

²⁰ I. CANOR, *My Brother's Keeper? Horizontal Solange: An Ever Closer Distrust among the Peoples of Europe*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 383.

²¹ *Ex multis*, la risoluzione del Parlamento europeo, del 27 febbraio 2014, recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato di arresto europeo, (2013/2109 [INL]) con cui il Parlamento sollecitava la Commissione a presentare proposte legislative tra cui figurasse "un motivo di non esecuzione obbligatoria quando vi siano importanti motivi per ritenere che l'esecuzione sarebbe incompatibile" con l'obbligo fondamentale degli Stati di rispettare i diritti fondamentali. Si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi, del 20 marzo 2012, causa C-42/11, *Lopes da Silva*, in particolare punto 38.

²² Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, del 18 ottobre 2012, causa C-396/11, *Radu*, punto 70.

²³ Sentenza della Corte del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-695/15 PPU, *Aranyosi e Caldaru*.

²⁴ Sentenza della Corte del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU.

²⁵ Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S. e a.*

²⁶ Sentenza *Aranyosi e Caldaru*, cit., punto 82.

può costituire un fondato motivo di rifiuto, *rectius*, di rinvio dell'esecuzione²⁷. I quesiti pregiudiziali all'origine della decisione erano primariamente tesi a verificare se nell'art. 1, par. 3, si potesse rinvenire un motivo implicito di non esecuzione basato sui diritti fondamentali. Sulla duplice premessa che l'art. 1, par. 3, della decisione quadro rammenta il rispetto dei diritti fondamentali e che l'art. 4 della Carta, corrispondente all'art. 3 della CEDU, ha carattere assoluto, la CGUE ha, di fatto, introdotto un'ulteriore eccezione all'obbligo di esecuzione del mandato. Adattando il *test* elaborato in *N.S.*²⁸ alle esigenze del MAE, la Corte ha subordinato il rifiuto ad una serie di condizioni che l'autorità dell'esecuzione è tenuta a verificare tramite lo svolgimento di un *test* in due fasi²⁹ di cui la prima è volta ad accertare la sussistenza di "carenze sistemiche o generalizzate"³⁰ nel caso *Aranyosi e Caldaru* specificamente riferite alle condizioni di detenzione nello Stato emittente³¹, mentre la seconda fase postula lo scambio di informazioni tra le autorità dello Stato di esecuzione e quelle dello Stato di emissione per valutare se il rischio dovuto alle suddette carenze è corso individualmente dalla persona richiesta³².

Nonostante il plauso generale di quest'intervento in favore del superamento della fase di c.d. *blind trust*³³, non sono mancate le critiche connesse alla fattibilità concreta della soluzione elaborata dalla CGUE³⁴. Neppure le

²⁷ *Ibidem*, par. 98 e 104 la cui lettura congiunta chiarisce che il rischio di trattamento inumano e degradante consente di rinviare la consegna e, solo laddove siffatto rischio non possa essere escluso entro un termine ragionevole, di porre fine alla procedura.

²⁸ Sentenza *N.S.*, cit., punti 83-94.

²⁹ Sentenza *Aranyosi e Caldaru*, cit., punti 89-94.

³⁰ *Ibidem*, punto 93.

³¹ *Ibidem*, punto 89 in cui tra gli elementi oggettivi che facciano ritenere l'esistenza delle carenze sistemiche sono menzionate anche le sentenze della Corte EDU e le relazioni e documenti simili predisposti dagli organi del Consiglio d'Europa o appartenenti al sistema delle Nazioni Unite.

³² *Ibidem*, punto 95.

³³ Per tutti, cfr. K. LENAERTS, *La Vie Après l'Avis: Exploring Mutual (Yet Not Blind) Trust*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 805.

³⁴ Le maggiori critiche si concentrano sulle discrepanze tra il sistema Dublino rispetto al quale il *test* era stato originariamente elaborato e il meccanismo della decisione quadro sul MAE. Si vedano sul punto le conclusioni dell'Avvocato generale Bot, del 3 marzo 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/16 PPU, *Aranyosi e Caldaru*, par. 45-53; A. TORREZ-PÉREZ, *A Predicament for Domestic Courts: Caught between the European Arrest Warrant and Fundamental Rights*, in B. DE WITTE, J. MAYORAL, U. JAREMBA, M. WIND, K. PODSTAWA (eds.), *National Courts and EU Law*, 2016, p. 191; S. MONTALDO, *On a Collision Course! Mutual*

pronunce successive in cui si sono sviluppate le regole per stabilire il rischio di violazione dell'art. 4 della Carta permettono di superare del tutto le difficoltà applicative denunciate³⁵.

In un secondo momento, l'altro diritto in cui, sempre "in circostanze eccezionali"³⁶, la Corte ha riconosciuto una potenziale deroga all'obbligo di cooperare ai sensi dell'art. 1, par. 3, è il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva garantito dall'art. 47 della Carta. È nella sentenza *LM*³⁷ che l'indipendenza del potere giudiziario, già riconosciuta dalla Corte come corollario/presupposto del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva³⁸, è stata definita il "contenuto essenziale" del diritto a un equo processo³⁹ col quale, ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta, nessuna misura restrittiva può interferire⁴⁰. In continuità con la giurisprudenza sullo Stato di diritto e con lo schema proposto in relazione all'art. 4 della Carta, la CGUE ha esteso all'organizzazione del potere giudiziario e al contenuto essenziale dell'art. 47 della Carta il *test* in due fasi di cui in *Aranyosi e Caldaru*⁴¹. In quest'ipotesi

Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-Law of the Court of Justice, in *europeanpapers.eu*, 2013, p. 965.

³⁵ Si veda in tal senso la sentenza della Corte del 15 ottobre 2019, causa C-128/18, *Dobroantu*, in cui sono stati aggiunti dei criteri per valutare se le condizioni penitenziarie esponzano la persona richiesta ai fini dell'esecuzione di una pena detentiva tali da giustificare il rinvio della consegna *ex art.* 4 della Carta. Tra gli aspetti materiali che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve valutare, la Corte indica lo spazio personale disponibile nelle celle dell'istituto di detenzione, le condizioni sanitarie, nonché l'ampiezza della libertà di movimento del detenuto.

³⁶ Sentenza *Aranyosi e Caldaru*, cit., punto 82.

³⁷ Sentenza *LM*, cit.

³⁸ Sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *ASJP*, punti 41-42 poi confermata nella sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*. Cfr. L. S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il "salto nel buio" e la rete di protezione*, in *Freedom Security Justice*, 2021, p. 1, in particolare par. 3; A. FAVI, *La dimensione "assiologica" della tutela giurisdizionale effettiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di crisi dello Stato di diritto: quali ricadute sulla protezione degli individui?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2020, p. 795.

³⁹ Sentenza *LM*, cit., in cui l'espressione "contenuto essenziale" compare ai punti 48, 60, 68, 72, 73, 75, mentre l'aggettivo "essenziale" riferito all'indipendenza della magistratura è utilizzato nei punti 54 e 55.

⁴⁰ Sul punto, cfr. M. DAWSON, O. LYNKEY, E. MUIR, *What is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights*, in *German Law Journal*, 2019, p. 763.

⁴¹ Sentenza *LM*, cit. Si vedano in particolare i punti 44-55 in cui la Corte costruisce un parallelo tra l'art. 4 e l'art. 47 della Carta come possibili limiti alla fiducia reciproca ripercorrendo le conclusioni raggiunte in *Aranyosi*. Si veda il punto 68 sulla prima fase e i punti 76-

l'accertamento delle carenze sistemiche e generalizzate della prima fase del *test* riguarda l'organizzazione del potere giudiziario nello Stato di emissione. In questo contesto, sviluppando i criteri già enunciati⁴², la Corte è tornata sulla portata dell'art. 1, par. 3, della decisione quadro e ha confermato la possibilità di rinvenirvi una fonte di motivi di non-esecuzione connessi al rispetto dei diritti fondamentali⁴³.

I casi esaminati hanno inciso sulla portata della decisione quadro MAE riguardo ad almeno due profili. Il primo riguarda l'art. 1, par. 3, che, alla luce di quanto osservato, costituisce, se non una *fundamental rights clause*⁴⁴, comunque un appiglio testuale per giustificare la non-esecuzione del mandato in favore del rispetto dei diritti fondamentali; il secondo, invece, attiene all'identificazione di una sottocategoria di diritti della Carta assoluti di fatto⁴⁵ – il divieto di trattamenti inumani e degradanti *ex art. 4* e il diritto ad

78 sulla seconda. Per un'analisi dettagliata di questo aspetto della pronuncia si vedano, *ex plurimis*, T. KOSTADINIDES, *Judicial Independence and the Rule of Law in the context of NON-Execution of a European Arrest Warrant: LM*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 743; M. KRAJEWSKI, *Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to the Independence of Domestic Judges*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 792.

⁴² Sentenza della Corte del 17 dicembre 2020, causa C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, *L e P e*, da ultimo, sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, *X e Y*, punti. 67-101. Anche in questo caso, la domanda pregiudiziale coinvolgeva l'art. 1, par. 3, della decisione quadro interpretato alla luce dell'art. 47, par. 2, della Carta. Qui, tenendo in considerazione anche la sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021, K 2/21, la stessa CGUE sembra dare ormai per scontata la sussistenza di carenze sistemiche sotto il profilo dell'indipendenza dei giudici polacchi. Per un'analisi dettagliata, cfr. L. DANIELE, R. SILVESTRE, *Ancora sull'indipendenza della magistratura e l'esecuzione dei mandati d'arresto europei. Commento alla sentenza della CGUE del 22 febbraio 2022, cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, Openbaar Ministerie*, in *I Post di AISDUE*, n. 7, 4 settembre 2022.

⁴³ Sentenza *X e Y*, cit., punto 101 dove viene messo in luce una relazione di specularità (obbligo-eccezione) tra i paragrafi 2 e 3.

⁴⁴ Sugli scetticismi relativi all'art. 1, par. 3, come *fundamental rights clause* all'indomani della sentenza *Aranyosi*, cit., cfr. G. ANAGNOSTARAS, *Mutual Confidence is not Blind Trust! Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant: Aranyosi and Caldaru*, in *Common Market Law Review*, n. 6, 2016, p. 1675.

⁴⁵ K. LENAERTS, *Limits on limitations: the essence of fundamental rights in the EU*, in *German Law Journal*, 2019, p. 779 laddove mentre l'art. 4 identifica un diritto assoluto di per sé, il contenuto essenziale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva rinvenuto nel diritto ad un giudice indipendente identifica anch'esso un diritto *lato sensu* assoluto in quanto non può essere soggetto a limitazioni: "in respect of fundamental rights that are absolute,

un giudice indipendente *ex art. 47* – a cui è stata riconosciuta la capacità di interferire con gli obiettivi del MAE.

Tuttavia, mentre gli interventi della Corte hanno una portata circoscritta, la casistica dimostra che gli scenari in cui le problematiche legate alla tutela dei diritti individuali si manifestano sono multiformi e non sono esaurientemente risolvibili né alla luce dei motivi di rifiuto esplicitamente considerati dalla decisione quadro, né del *test* in due fasi elaborato dalla Corte.

4. *Nuove istanze per l'estensione dei motivi di non-esecuzione ammessi in via interpretativa*

Nel solco delle tensioni che caratterizzano il rapporto tra gli obblighi di cooperazione e i diritti fondamentali, si inseriscono due recenti pronunce della Corte di giustizia. Esse traggono origine dalle iniziative di rinvio assunte dal Tribunal Supremo nella causa *Puig Gordi*⁴⁶ e, soprattutto, dalla Corte costituzionale italiana nel caso *E.D.L.*⁴⁷. Mentre il rinvio del giudice spagnolo ha alimentato il dibattito sulla portata dell'art. 47 della Carta nel contesto del MAE, quello della Corte costituzionale è incentrato sulla possibilità di estendere i motivi di rifiuto al rischio di violazione di diritti diversi da quelli finora contemplati. In ultima battuta, entrambe le pronunce attengono all'estensione in via interpretativa dei motivi di non-esecuzione del mandato e all'operatività del *test* in due fasi descritto sopra (§ 3).

4.1. *Il diritto alla salute e i rimedi elaborati nella sentenza E.D.L.*

Con l'ordinanza n. 216/2021 i giudici della Corte costituzionale⁴⁸, sulla

such as human dignity, the right to life, the prohibition of torture, and the prohibition of inhuman or degrading treatment, one may argue that, since no limitation may be imposed upon those rights, their content and their essence are, in effect, coterminous.”

⁴⁶ Sentenza della Corte del 31 gennaio 2023, causa C-158/21.

⁴⁷ Sentenza della Corte del 18 aprile 2023, causa C-699/21.

⁴⁸ Ordinanza della Corte costituzionale del 23 settembre 2021, n. 216. N.B. lo stesso giorno la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 217, ha effettuato un altro rinvio alla CGUE in tema di motivi ostativi facoltativi del MAE per cui si rinvia a A. D'AMATO, *Mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali: le ordinanze n. 216/2021 e n. 217/2021 della Corte costituzionale*, in *BlogDUE*, 22 gennaio 2022; S. MONTALDO, S. GIUDICI, *Nuove opportunità di tutela degli individui nel sistema del mandato di arresto europeo: le ordinanze 216 e 217 2021 della Corte costituzionale*, in *Legislazione penale*, 27 aprile 2022. Per l'esame della sentenza

premessa che la disciplina del MAE è soggetta ad “integrale armonizzazione”⁴⁹ ha proposto un rinvio pregiudiziale concernente l’espansione dei motivi di rifiuto dell’esecuzione nell’ipotesi in cui sia a rischio la salute della persona richiesta. Sollecitando l’interpretazione dell’art. 1, par. 3, alla luce del diritto all’integrità fisica e psichica (art. 3 della Carta), del diritto a non essere sottoposti a tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti (art. 4 della Carta) e del diritto alla salute (art. 35 della Carta), il giudice costituzionale italiano si è rivolto alla Corte per chiarire se e quali ricadute questa lettura possa avere sull’obbligo di esecuzione⁵⁰.

La vicenda sullo sfondo è quella di un mandato ai fini dell’esercizio dell’azione penale emesso dal tribunale penale di Zara nei confronti di un soggetto affetto da gravi patologie psichiatriche di carattere cronico, irreversibili ed accompagnate ad un alto rischio suicidario. In mancanza di un motivo correlato alla tutela della salute tra quelli tassativamente indicati dalla decisione quadro, il giudice rimettente ha richiesto un chiarimento sulle implicazioni dei rischi connessi alla salute rispetto agli obblighi di consegna.

Posto in termini differenti, il primo segmento della domanda pregiudiziale è teso a verificare se il novero dei diritti che possono giustificare il rifiuto sinora avallati dalla giurisprudenza sull’art. 1, par. 3 si estenda al diritto alla salute in almeno una delle varie declinazioni proposte. L’ordinanza coinvolge tre diverse disposizioni della Carta che – nell’ottica della Consulta – concorrono a proteggere il diritto alla salute. Perciò, la questione sollevata, oltre a *quali (altri)*⁵¹ *diritti*, riguarda anche *quali (altre) disposizioni della Carta* possono essere rilevanti nell’ambito di applicazione della decisione quadro. Il secondo segmento, invece, riguarda le modalità attraverso cui effettuare il controllo sull’esistenza del rischio, ossia lo svolgimento dello scambio di informazioni con l’autorità dello Stato di emissione del mandato.

Con la sentenza *E.D.L.*⁵² emanata lo scorso 18 aprile, i giudici di

della CGUE resa lo scorso 6 giugno, nel caso *O.G.* cfr. C. AMALFITANO, *Mandato d’arresto europeo e garanzie di risocializzazione del condannato: tutela anche all’extracomunitario radicato nello Stato di esecuzione*, in *I Post di AISDUE*, n. 6, 12 giugno 2023, p. 102.

⁴⁹ Ordinanza della Corte costituzionale del 23 settembre 2021, n. 217, cit., punti 7.3 e 7.4.

⁵⁰ Sentenza *E.D.L.*, cit.

⁵¹ Un’esortazione a estendere il novero dei diritti rilevanti per ribaltare la presunzione di protezione equivalente è diffusa. Si veda, *ex plurimis*, E. XANTHOPOULOU, *Mutual Trust in EU Criminal and Asylum Law: Three Phases of Evolution and the Uncharted Territory beyond Blind Trust*, in *Common Market Law Review*, vol. 55, n. 2, 2018, p. 489.

⁵² Sentenza *E.D.L.*, cit.

Lussemburgo sono perciò intervenuti sul rapporto tra il diritto alla salute della persona richiesta e le regole di funzionamento del meccanismo del MAE. Discostandosi dalle soluzioni paventate dal giudice rimettente che aveva giudicato inadeguato il differimento della consegna quando la persona richiesta è affetta da patologie di carattere cronico (per definizione) di durata indeterminata e, viceversa, seguendo l'impostazione suggerita dall'Avvocato generale Sánchez-Bordona⁵³, la sentenza si concentra sull'art. 23, par. 4, della decisione quadro che consente il differimento temporaneo della consegna quando ricorrano “gravi motivi umanitari” tra cui, ad esempio, il pericolo per la vita o la salute della persona ricercata.

In sostanza, confermando che la decisione quadro non contempla motivi di rifiuto dell'esecuzione che tengano in specifica considerazione le patologie da cui la persona richiesta può essere affetta⁵⁴, il rimedio ai rischi per la salute è rinvenuto in una disposizione della decisione quadro finora rimasta poco esplorata nella giurisprudenza. Secondo la Corte, l'art. 23, par. 4, assegna all'autorità dell'esecuzione un “potere discrezionale” che deve essere esercitato nel rispetto dell'art. 4 della Carta in quanto espressione del rispetto della dignità umana sancito dall'art 1 della Carta⁵⁵. Dunque, in base a quest'annunciata lettura dell'art. 23, par. 4, della decisione quadro in combinato disposto con l'art. 4 della Carta, nella sentenza sono indicati alcuni aspetti procedurali che devono caratterizzare l'esercizio della facoltà di differimento della consegna. Viene chiarito che il differimento previsto dall'art. 23, par. 4, postula uno scambio di informazioni tra le autorità nazionali che ha la funzione di assicurare che le modalità con le quali verranno esercitate le azioni penali o le condizioni di detenzione nello Stato emittente escludano il rischio di riduzione significativo dell'aspettativa di vita della persona richiesta o di deterioramento rapido, significativo e irrimediabile del suo stato di salute⁵⁶.

Solo nell'ipotesi eccezionale in cui le informazioni offerte dall'autorità richiedente portino a constatare l'esistenza di “motivi seri e comprovati” che la persona richiesta, ove consegnata, correrebbe i suindicati rischi per la sua salute, è consentito posporre la data della consegna. Dato il carattere fisiologicamente temporaneo del differimento, l'effetto di questa constatazione

⁵³ Conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona, del 1° dicembre 2022, causa C-699/21, *E.D.L.*, punti 50 e 51.

⁵⁴ Sentenza *E.D.L.*, cit., punto 36.

⁵⁵ *Ibidem*, punto 38.

⁵⁶ *Ibidem*, punto 47 e, per rinvio, punto 42.

non esime le autorità nazionali dall'obbligo di individuare di un nuovo momento nel quale effettuare la consegna.

Ed infatti, la Corte ha riconosciuto che il rimedio di cui all'art. 23, par. 4, non è adeguato quando le condizioni della persona richiesta richiedono di rimandare la consegna per un periodo di tempo considerevole o indeterminato. L'inadeguatezza del differimento in siffatte ipotesi comporta che rientri in gioco l'art. 1, par. 3. Tale disposizione, alla quale si deve l'impostazione delle eccezioni all'obbligo di esecuzione finora introdotte dalla giurisprudenza della Corte, viene qui considerato solo come rimedio residuale. Tuttavia, interpretata alla luce dell'art. 4 della Carta, essa interviene *in limine* nel ragionamento della Corte col risultato di ammettere che l'autorità dell'esecuzione, "in via eccezionale" e "a seguito di un esame appropriato", possa decidere di non dar seguito all'esecuzione di un mandato⁵⁷.

La volontà dietro questa marginalizzazione dell'art. 1, par. 3, sembra quella di ricondurre i rischi connessi alla salute alle circostanze che legittimano la sospensione temporanea secondo la lettera della decisione quadro. Secondo questa impostazione, l'art. 1, par. 3, è relegato a una funzione ancillare ed estrema nell'ipotesi in cui sia impossibile accertarsi che la persona richiesta non corra rischi estremi⁵⁸.

Se quanto finora detto riguarda l'appiglio testuale della decisione quadro per il tramite del quale far rilevare il rischio di violazione dei diritti, un altro aspetto affrontato nella sentenza riguarda quali diritti possono venire in rilievo. In quest'ultimo senso, la Corte ha ritenuto superfluo soffermarsi sull'interpretazione delle varie disposizioni della Carta connesse al diritto alla salute e invocate dalla Consulta, gli artt. 3 e 35. Diversamente dall'Avvocato generale che era rimasto più vago circa la possibile rilevanza dell'art. 3 della Carta che riteneva di contenuto più affine all'art. 4⁵⁹, l'esame della Corte si sofferma esclusivamente sul secondo che viene utilizzato come parametro di lettura sia dell'art. 23, par. 4, che dell'art. 1, par. 3, della decisione quadro. Questa scelta, d'altronde, appariva pronosticata dalle similitudini tra i fatti di *E.D.L.* con quelli del caso *C.K.* riguardante una richiedente asilo affetta da patologie psichiatriche associate a rischio suicidario. In quel caso il divieto di trattamenti inumani e degradanti sancito dall'art. 4 della Carta era stato interpretato nel senso di includere, oltre alle fattispecie più tradizionali di trattamenti inumani e degradanti, anche il rischio di "deterioramento significativo e irrimediabile" dello stato di salute

⁵⁷ *Ibidem*, punto 52.

⁵⁸ *Ibidem*, punto 53.

⁵⁹ Conclusioni Sánchez-Bordona alla causa *E.D.L.*, cit., punti 56-59.

dell'interessato come conseguenza dell'attuazione di provvedimenti di trasferimento in un altro Paese⁶⁰. In *E.D.L.*, l'art. 4 della Carta si è confermato “more equal than others”⁶¹.

4.2. *La funzionalità del test Aranyosi-LM: aggiustamenti alla luce della recente giurisprudenza*

Oltre all'estensione del novero dei diritti rilevanti, i casi recenti hanno richiesto di affrontare il tema dell'operatività delle eccezioni agli obblighi di esecuzione anche sotto l'angolo visuale della funzionalità del *test* in due fasi introdotto con la sentenza *Aranyosi*. La questione su cui la Corte è stata chiamata a riflettere è quella del riadattamento di detto *test* a nuove circostanze, in particolare, a quelle in cui il rischio di violazione dei diritti fondamentali derivi dalle caratteristiche soggettive della persona richiesta anziché da fattori esterni attinenti alla situazione dello Stato emittente.

Una domanda esplicita a questo proposito è stata sollecitata nel caso *Puig Gordi*⁶² ed attiene alla prima fase del *test* relativa al presupposto delle “carenze sistemiche o generalizzate” nello Stato emittente.

La pronuncia trae origine dal diniego di consegna opposto da un giudice belga al mandato d'arresto europeo spiccato nei confronti del Sig. Puig Gordi. Il caso riguardava anche alcuni problemi legati alla sospensione del mandato emesso nei confronti di altri separatisti catalani anch'essi rifugiati in Belgio. L'autorità emittente, il Tribunal Supremo di Spagna, nutrendo dubbi su come gestire i mandati sospesi e sul se emettere nuovo mandato nei confronti del Signor Puig Gordi, denunciava che il diniego del giudice belga si fondasse su considerazioni relative alla competenza dell'autorità giudiziaria emittente non ammesse dalla decisione quadro quali ragioni di rifiuto.

Tra i molteplici quesiti rivolti alla Corte, alcuni miravano a verificare se il rischio di violazione del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, questa volta nella declinazione di diritto a un equo processo e al giudice naturale precostituito per legge, rappresentasse un giustificato motivo di non-

⁶⁰ Sentenza della Corte del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C.K.*, punti 55 e 68.

⁶¹ I. CANOR, *op. cit.*, in particolare p. 403 ss. L'espressione è riferita alla scelta della Corte in *N.S.* di trascurare la richiesta del giudice del rinvio di pronunciarsi anche su altre disposizioni della Carta – nel caso di specie gli artt. 1 (dignità umana), 18 (diritto di asilo) e 47 della Carta (diritto a una tutela giurisdizionale effettiva). Cfr. sentenza della Corte, *N.S.*, cit. punto 114: “Non risulta che gli artt. 1, 18 e 47 della Carta possano comportare una risposta differente da quella data alle questioni [...]”.

⁶² Sentenza *Puig Gordi*, cit.

esecuzione anche in assenza di carenze sistemiche nell'ordinamento giudiziario dello Stato emittente, nel caso di specie la Spagna. L'Avvocato generale de la Tour riteneva che, nel caso dell'art. 47 della Carta, la presenza di carenze sistemiche è "determinante per escludere l'esistenza di un rischio reale di violazione"⁶³. Al contrario, però, nelle stesse conclusioni si ammetteva una semplificazione del *test* per l'ipotesi in cui il rischio di violazione riguardi diritti assoluti e connessi alla dignità umana come quelli coperti dall'art. 4 della Carta⁶⁴.

Segnando un cambio di passo rispetto ai precedenti, la decisione della Corte sembra prendere atto che il *test* in due fasi richiede un adattamento anche quando il rischio di pregiudizio riguardi i diritti tutelati dall'art. 47 della Carta. Il cambiamento muove dalla considerazione dell'esistenza di una differenza sostanziale tra il rischio di violazione del diritto protetto dall'art. 47 della Carta asseritamente corso dalle persone richieste dal Tribunal Supremo rispetto alla crisi dello Stato di diritto che caratterizza alcuni Paesi dell'est Europa all'origine della giurisprudenza *LM*. Alla luce di questa distinzione, l'interpretazione dell'art. 1, par. 3, della decisione quadro insieme all'art. 47 della Carta sfocia in questo caso nel perfezionamento della prima fase del *test*. Ciò avviene chiarendo che, in alternativa alle carenze sistemiche e generalizzate nel funzionamento del sistema giudiziario, lo svolgimento della prima fase del *test* comprende la verifica dell'esistenza di "carenze che pregiudichino un gruppo oggettivamente identificabile di persone a cui faccia parte la persona di cui trattasi"⁶⁵. Questo passaggio si fonda sulla considerazione che i rischi di violazione del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e dei suoi corollari non derivano necessariamente dalla situazione patologica generalizzata in cui versa lo Stato emittente. Ed infatti, anche se in maniera poco esplicita, quest'impostazione era già stata abbozzata in *Aranyosi e Caldáraz* quando veniva affermato che le carenze, oltre che sistemiche e generalizzate, possono anche riguardare un determinato gruppo di persone o condizioni di detenzione⁶⁶. Una simile riflessione, finora assente nel filone sul rischio di violazione dei diritti coperti dall'art. 47 della Carta, è stata espressamente introdotta in questa decisione.

Seppur in maniera meno esplicita, la questione del riadattamento del

⁶³ Conclusioni dell'Avvocato generale de la Tour, del 14 luglio 2022, causa C-158/21, *Puig Gordi*, punto 127.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Sentenza *Puig Gordi*, cit., punti 102, 119, 122, 135.

⁶⁶ Sentenza *Aranyosi e Caldáraz*, cit., punto 89.

test in due fasi si è posta anche in relazione al caso *E.D.L.* Questo profilo è stato espressamente affrontato nelle conclusioni dell'Avvocato generale dove veniva constatato che la verifica delle carenze sistemiche e generalizzate nello Stato membro di emittenza è superflua nell'ipotesi in cui il rischio di violazione del diritto di cui all'art. 4 della Carta derivi dallo stato patologico "particolarmente grave" della persona richiesta⁶⁷. La Corte non si è profusa in spiegazioni sul punto, tuttavia, concentrandosi sul solo profilo dello scambio di informazioni tra le autorità, essa ha confermato che le due fasi del *test* non sono necessariamente, sempre, cumulative.

Con riferimento a *E.D.L.*, anche in questo caso soccorre il precedente del caso *C.K.* dove la Corte aveva già avuto modo di chiarire che il rischio di deterioramento della salute in quanto manifestazione di trattamento inumano e degradante vietato dall'art. 4 della Carta assume rilievo a prescindere delle "carenze sistemiche e generalizzate"⁶⁸. Questa giurisprudenza in materia d'asilo individuava anche una serie di criteri e di precauzioni⁶⁹ che le autorità statali coinvolte sono tenute ad assumere sia durante il trasferimento che all'arrivo nel Paese competente. La pronuncia in *E.D.L.* non aggiunge dettagli, ma ribadisce che in principio opera "una presunzione secondo cui le cure e i trattamenti offerti negli Stati membri per la presa in carico, segnatamente, di tali patologie sono adeguati"⁷⁰.

Ad uno sguardo complessivo, l'omissione della prima fase del *test* preannunciata in *C.K.* e confermata in *E.D.L.* suggerisce una valorizzazione del dialogo tra le autorità nazionali. In sostanza, mentre la valutazione circa l'entità del rischio corso dalla persona richiesta competerà necessariamente al giudice dell'esecuzione, al giudice dello Stato emittente sarà richiesto di fornire in risposta informazioni/rassicurazioni puntuali alla luce delle caratteristiche specifiche del soggetto.

⁶⁷ Conclusioni Sánchez-Bordona alla causa *E.D.L.*, cit., punti 50 e 51.

⁶⁸ Si veda sentenza *C.K.*, cit., punto 92: "[...] sarebbe manifestamente incompatibile con il carattere assoluto di questo divieto che gli Stati membri possano ignorare un rischio reale e acclarato di trattamenti inumani o degradanti che incombono su un richiedente asilo adducendo quale pretesto che esso non risulta da una carenza sistemica dello Stato membro competente (corsivi aggiunti)". Si veda anche il punto 96: "[...] anche in assenza di ragioni serie di ritenere che sussistano carenze sistemiche [...] il trasferimento [...] può essere effettuato solo in condizioni in cui sia escluso [...] un rischio reale e acclarato che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti [...]". In linea con quest'approccio è la sentenza della Corte del 19 marzo 2019, causa C-163/17, *Jawo*, punti 78, 87 e 95.

⁶⁹ *Ibidem*, punti 80-90 in cui sono descritte le "precauzioni" che devono essere assunte.

⁷⁰ Sentenza *E.D.L.*, cit., punto 35.

5. *Considerazioni conclusive*

Il quadro esaminato mostra che, nell'ambito di applicazione della decisione quadro, le questioni legate alla tutela dei diritti fondamentali hanno richiesto di intervenire su alcuni profili problematici già enunziati, ossia l'estensione del novero dei diritti fondamentali rilevanti e il *test* che la Corte ha sviluppato per valutarne il rischio di violazione.

Per quanto riguarda la possibilità di ampliare lo spettro dei diritti garantiti dalla Carta che possono assumere rilievo come motivi di ostacolo all'esecuzione del MAE, la giurisprudenza più recente sembra confermare la distinzione *gerarchica* paventata all'indomani di *N.S.* "tra diritti umani fondamentali e diritti umani periferici"⁷¹, *rectius* tra diritti assoluti o il cui contenuto essenziale è a rischio⁷² e *altri* diritti. Nella sentenza *E.D.L.* è stato chiarito che il diritto fondamentale alla salute non può venire in rilievo se non nel caso in cui il rischio corso dall'individuo è talmente grave da qualificarsi come tortura o trattamento inumano e degradante e, dunque, da ricadere sotto l'ombrello dell'art. 4 della Carta. Viceversa, le altre disposizioni della Carta esplicitamente riferite a obiettivi di garanzia della salute ed invocate dal giudice rimettente, segnatamente gli articoli 3 e 35, sono state scartate. Le nuove indicazioni, se pur danno voce alle esigenze di tutela poste dalla situazione patologica che affligge l'individuo nel caso *de quo*, lasciano aperta la questione sulla possibilità per diritti di altro tipo di venire in rilievo e, viceversa, rafforzano l'idea che i diritti al di fuori di quelli sanciti dagli articoli 4 e 47 della Carta non siano destinati a trovare uno spazio autonomo per fondare riserve rispetto all'obbligo di esecuzione.

Con riferimento al secondo profilo problematico, invece, il *test* elaborato dalla Corte al fine di valutare il rischio di violazione ha dimostrato una certa flessibilità. Ciò emerge con chiarezza sia dalla pronuncia nel caso *E.D.L.* che da quella in *Puig Gordi*. Il fatto che in entrambi i casi il rischio di violazione dei diritti della persona derivi dalle sue caratteristiche individuali – in un caso dallo stato patologico, nell'altro dall'appartenenza a un gruppo politico – ha reso necessario riadattare il *test Aranyosi-LM*. Alla luce di questa mutata circostanza, la rielaborazione è avvenuta in due sensi. Da un lato, con riferimento al rischio di violazione del diritto a un processo equo della persona richiesta affrontato in *Puig Gordi*, è stato riconosciuto che le carenze

⁷¹ I. CANOR, *op. cit.*, in particolare pp. 405 e 408.

⁷² Questa categorizzazione tra diritti assoluti e diritti di cui è a rischio il contenuto essenziale emerge dai casi *Aranyosi e Caldaru* e *LM* affrontati *supra*.

del sistema giudiziario dello Stato di emissione oggetto di verifica nella prima parte del *test* non debbano essere necessariamente “sistemiche e generalizzate”. La Corte ha così ammesso che le carenze del sistema giudiziario possano manifestarsi in ragione delle caratteristiche individuali delle persone richieste e, in particolare, di quelle dettate dall'appartenenza a un gruppo di persone (politicamente) identificate ed identificabili. Diversamente, nel caso *E.D.L.*, in cui le caratteristiche individuali rilevanti risiedono nello stato patologico cronico della persona richiesta, la Corte ha implicitamente riconosciuto che la prima parte del *test* relativa alle carenze nello Stato di emissione può essere del tutto trascurata.

In entrambi i casi l'orientamento espresso dalla Corte affida la valutazione finale sull'opportunità dell'esecuzione alle autorità nazionali che rimangono tenute ad attenersi ai tradizionali criteri per come ricalibrati nelle ultime pronunce.

Ad uno sguardo complessivo, la giurisprudenza in commento conferma che, al di là della lettera della decisione quadro e, quindi, delle disposizioni apposite, i diritti fondamentali costituiscono un (potenziale) autonomo motivo di rifiuto dell'esecuzione. Si conferma anche che l'operatività di detti motivi di non-esecuzione introdotti in via interpretativa sfugge all'elaborazione di regole generali e immutabili essendo, invece, necessariamente connotata da una valutazione caso per caso che tenga conto degli aggiustamenti richiesti dai multiformi e delicati scenari in cui la cooperazione giudiziaria in materia penale si compie.

Note e commenti

IL DIVIETO DI SIMBOLI RELIGIOSI
NEGLI UFFICI DEL COMUNE E LA LIBERTÀ DI RELIGIONE
DEI DIPENDENTI PUBBLICI: IL PUNTO DI VISTA
DELL'AVVOCATO COLLINS NEL CASO *OP C. COMMUNE D'ANS*

Ilaria Anrò*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso *OP c. Commune d'Ans*: il divieto di simboli religiosi imposto da un ente pubblico. – 3. I quesiti pregiudiziali. – 4. Il divieto di indossare il velo come discriminazione di genere? Ancora una mancata risposta (questa volta da parte dell'Avvocato generale). – 5. L'analisi circa la qualificazione del divieto di indossare simboli religiosi come discriminazione diretta. – 6. *Segue*: e indiretta. Libertà di impresa vs. interesse pubblico. – 7. Le possibili deroghe al divieto di misure discriminatorie ai sensi della direttiva 2000/78/CE. – 8. Alcune riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

A partire dal 2017, la Corte di giustizia è stata interrogata più volte circa l'interpretazione della direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro¹, a proposito di casi in cui un'azienda privata vietava ai propri dipendenti di indossare simboli religiosi (colpendo in particolare lavoratrici di fede musulmana)².

Molti e particolarmente delicati i quesiti rivolti in tali occasioni: in particolare, alla Corte è stato chiesto se il divieto imposto da un'azienda a tutti i dipendenti di portare simboli religiosi o che manifestano convinzioni personali sul luogo di lavoro costituisca una discriminazione diretta³; se possa

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

¹ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Per un'attenta analisi di tale strumento si veda C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008.

² Cfr. sentenze della Corte del 14 marzo 2017, C-157/15, *G4S Secure Solutions*; del 14 marzo 2017, C-188/15, *Bougnouui*; del 15 luglio 2021, cause riunite C-804/18 e C-341/19, *WABE*; del 13 ottobre 2022, causa C-344/20, *S.C.R.L.*

³ Ai sensi dell'art. 2, par. 2, della direttiva 2000/78/CE, cit.: "a) sussiste discriminazione

essere qualificato come tale anche il divieto limitato ai simboli “di grandi dimensioni”; se tali divieti, in alternativa, possano costituire discriminazioni indirette; se essi costituiscano una discriminazione di genere, avendo un maggiore impatto sulle donne che per precetto religioso sono tenute a indossare il velo islamico; se il licenziamento di una lavoratrice a causa del suo rifiuto di togliere il velo su richiesta di un cliente sia compatibile con la direttiva 2000/78/CE; se religione e convinzioni personali siano un unico motivo di discriminazione o vadano distinti e considerati di conseguenza⁴.

In generale, la Corte ha dapprima optato per soluzioni che favorivano maggiormente la libertà di impresa del datore di lavoro, tutelata dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE) all’art. 16, e la creazione di un ambiente di neutralità, per poi riconsiderare il bilanciamento effettuato in modo da limitare la compressione della libertà di religione (di cui all’art. 10 CDFUE) dei dipendenti⁵. Tale giurisprudenza ha evidenziato la pluralità dei diritti e degli interessi in gioco, nonché la delicatezza di tale bilanciamento e la novità di tali questioni per la Corte di giustizia⁶.

Recentemente, un nuovo caso è stato portato all’attenzione della Corte di giustizia: a differenza dei precedenti, che riguardavano decisioni e *policy* di aziende private, il divieto di simboli religiosi è stato imposto da un datore di lavoro pubblico, ovvero un Comune in Belgio (*OP c. Commune di Ans*)⁷.

diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all’articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in una situazione analoga; b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che: i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; o che ii) nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all’articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi”.

⁴ Per la ricostruzione di questi orientamenti si consenta un rinvio a I. ANRÒ, F. CROCI, *I simboli religiosi di fronte alla Corte di giustizia: sviluppi recenti e prospettive*, in A. NEGRI, G. RAGONE, M. TOSCANO, L. VANONI (a cura di), *I simboli religiosi nella società contemporanea*, Torino, 2021, p. 5 ss.

⁵ Cfr. in particolare sentenza *GAS Secure Solutions*, cit., e sentenza *WABE*, cit.

⁶ Non è un caso che la maggior parte di tali questioni siano state affidate alla Grande Sezione della Corte di giustizia.

⁷ Causa C-148/22, *OP c. Commune d’Ans*, causa pendente.

Tale caso impone quindi alla Corte di tornare a ponderare il bilanciamento tra libertà di religione e altri diritti o interessi, valutando se il fatto che il divieto provenga da un datore pubblico introduca nuovi elementi rispetto a quanto già deciso per un imprenditore privato.

Lo scorso 4 maggio sono state pubblicate le conclusioni dell'Avvocato generale ("AG") Collins che offrono interessanti spunti di riflessione, suggerendo alla Corte una soluzione coerente con la giurisprudenza precedente, ma con peculiari adattamenti in ragione della natura di ente pubblico del Comune quale datore di lavoro⁸. Tali considerazioni meritano di essere analizzate, tenendo a mente la giurisprudenza precedente rilevante, nell'attesa della pronuncia della Corte.

2. *Il caso OP c. Commune d'Ans: il divieto di simboli religiosi imposto da un ente pubblico*

Come anticipato, la peculiarità del caso risiede nella circostanza che, questa volta, il divieto di indossare simboli religiosi è stato imposto non da un'azienda privata, ma da un datore di lavoro pubblico, ovvero il Comune di Ans, in Belgio. Tale divieto ha colpito in particolare *OP*, lavoratrice di fede musulmana assunta nel 2016 come agente a contratto per il settore degli appalti pubblici, la cui attività – secondo quanto riportato dal giudice del rinvio – si svolge principalmente senza essere a contatto con il pubblico.

Dopo alcuni anni dall'assunzione, precisamente l'8 febbraio 2021, *OP* comunicava al Comune di voler indossare il velo sul luogo di lavoro a partire dal successivo 22 febbraio. Pochi giorni prima di tale "scadenza", il 18 febbraio 2021, il Comune vietava ad *OP* di indossare qualunque simbolo in attesa dell'adozione di "un regolamento generale sull'uso dei segni di convinzioni personali all'interno dell'amministrazione"⁹. Tale decisione veniva poi confermata da un successivo provvedimento del 26 febbraio 2021, adottato dopo aver sentito la lavoratrice. Il Comune modificava, poi, il suo regolamento interno stabilendo che "il lavoratore è tenuto a rispettare il principio di neutralità, il che implica il dovere di astenersi da qualsiasi forma di proselitismo e il divieto di esibire qualsiasi segno vistoso che possa rivelare la sua appartenenza ideologica o filosofica o le sue convinzioni politiche o

⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony M. Collins, del 4 maggio 2023, causa C-148/22, *OP c. Commune d'Ans*.

⁹ *Ibidem*, punto 20.

religiose. Tale regola si applica al lavoratore sia nell'ambito dei suoi contatti con il pubblico sia nei suoi rapporti con i superiori e i suoi colleghi"¹⁰. *OP* avviava, quindi, una serie di iniziative per ottenere la sospensione e l'annullamento delle decisioni del 18 e del 26 febbraio. In particolare, *OP* avviava, presso il Tribunale di Liegi, un'azione prevista dalla legge belga in tema di discriminazione chiedendo di accertare l'esistenza di una discriminazione nei suoi confronti fondata sulla religione e sul genere, nonché la nullità delle decisioni del Comune e della norma del regolamento sottostante.

3. *I quesiti pregiudiziali*

Secondo quanto riportato nelle conclusioni dell'AG Collins, il giudice del rinvio riteneva che le decisioni del Comune adottate nei confronti di *OP* costituissero una discriminazione diretta, mentre il divieto generale contenuto nel regolamento del Comune dovesse essere considerato una discriminazione indiretta, a prima vista non supportata da una giustificazione legittima, soprattutto in quanto imposta anche a chi non ha contatti con il pubblico. Alla luce di ciò, il Tribunale di Liegi ha autorizzato, in via provvisoria, *OP* a portare il velo sul luogo di lavoro, ad eccezione dei momenti in cui la stessa si trovi a contatto con il pubblico o eserciti una funzione di autorità.

Per ottenere lumi, il Tribunale del lavoro di Liegi si è pertanto rivolto alla Corte chiedendo se la direttiva 2000/78/CE possa essere interpretata nel senso che il divieto di discriminazione in essa contenuto consenta ad una pubblica amministrazione di organizzare un ambiente di lavoro totalmente neutro, vietando a tutti i dipendenti, a prescindere dal contatto o meno con il pubblico, di indossare simboli religiosi (quesito n. 1) e se tale divieto possa essere ritenuto compatibile con detta direttiva, sebbene esso sembri colpire in maggioranza le donne e potendo quindi nascondere una discriminazione di genere (quesito n. 2).

4. *Il divieto di indossare il velo come discriminazione di genere? Ancora una mancata risposta (questa volta da parte dell'Avvocato generale)*

L'AG Collins prende in considerazione innanzitutto il secondo quesito, ovvero se dietro al "divieto di esibire qualsiasi segno vistoso che possa

¹⁰ *Ibidem*, punto 22.

rivelare [l'] appartenenza ideologica o filosofica o le sue convinzioni politiche o religiose” si annidi una discriminazione di genere.

La questione – invero – non è nuova: già nel caso *WABE* e *Muller*, era emerso questo interrogativo, perché statisticamente sono le donne di fede musulmana ad essere colpite da questo tipo di divieti¹¹.

Sorprendentemente, in tale occasione la Corte si era trincerata dietro alla constatazione che la direttiva 2000/78, unico parametro invocato in quel caso, non contempla il sesso tra i fattori di discriminazione vietati. L'AG Collins nelle conclusioni in analisi suggerisce nuovamente di seguire questa linea, riferendosi proprio al caso *WABE e Muller*. Come si è già rilevato in precedenza, la sbrigativa risposta della Corte in quel caso è piuttosto criticabile: se è vero che la direttiva 2000/78 è l'unico strumento indicato dal giudice *a quo*, è pur vero che la stessa direttiva nei suoi considerando nn. 2 e 3 chiarisce, rispettivamente, che “il principio della parità di trattamento tra uomini e donne è ormai consolidato da un consistente corpus di norme comunitarie” e che “[n]ell'attuazione del principio della parità di trattamento, la Comunità deve mirare, conformemente all'art. 3, paragrafo 2, del trattato CE, ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne, soprattutto in quanto le donne sono spesso vittime di numerose discriminazioni”¹². Inoltre, vi è l'art. 21 della Carta che costituisce senz'altro parametro interpretativo della direttiva in esame e che, tra i fattori di discriminazione vietati, indica in *primis* il sesso. Peraltro, la stessa Corte, in un caso precedente, il celebre *Achbita*, aveva affermato che “la circostanza che il giudice del rinvio abbia formulato una questione pregiudiziale facendo riferimento soltanto a talune disposizioni del diritto dell'Unione non osta a che la Corte fornisca a detto giudice tutti gli elementi di interpretazione che possano essere utili alla decisione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto riferimento o meno nella formulazione delle sue questioni”¹³.

Nel caso in analisi, l'AG suggerisce addirittura di respingere il quesito in quanto irricevibile e afferma che in ogni caso non è necessario esaminarlo, poiché il giudice del rinvio non avrebbe indicato alcun elemento per valutare l'esistenza di una discriminazione indiretta basata sul sesso. Tale conclusione non può che suscitare più di una perplessità: il fatto che la questione sia stata

¹¹ Sentenza *WABE*, cit.

¹² Sul punto v. E. GRANET, *Missed opportunities: the Court of Justice fails to fix the unprincipled mess on religious garb in the workplace*, in *eulawlive.com*, 21 July 2021.

¹³ Cfr. sentenza *G4S Secure solutions*, cit., punto 33.

riproposta è segno della sua delicatezza secondo la percezione dei giudici nazionali. L'AG avrebbe potuto, quanto meno, provare ad esplorarne il contenuto e a suggerire una chiave di lettura, sfruttando lo spazio di libertà tipico delle conclusioni. È probabile – in ogni caso – che la risposta sia negativa, perché il divieto in questione (al pari di quelli esaminati nella casistica precedente) non pare colpire le donne in maniera differenziata rispetto agli altri lavoratori, potendo applicarsi ad ogni altro simbolo, portato da lavoratori di entrambi i sessi: il fatto che statisticamente siano le lavoratrici di credo islamico ad essere colpite dai divieti di simboli religiosi non trasforma tali regole in discriminazioni di genere, perché il fattore selettivo è il significato religioso del simbolo, non il sesso di chi lo indossa. Un chiarimento in questo senso, anche solo in sede di conclusioni dell'Avvocato generale, avrebbe potuto essere di aiuto ed evitare nuovi quesiti in questo senso (ove la risposta fosse stata poi condivisa dalla Corte di giustizia).

5. *L'analisi circa la qualificazione del divieto di indossare simboli religiosi come discriminazione diretta*

Con riferimento alla prima questione, l'AG rileva che lo stesso giudice del rinvio, facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ritiene che nel caso di specie il divieto generalizzato contenuto nel regolamento del Comune non costituisca una discriminazione diretta, ma chiede alla Corte una conferma in questo senso¹⁴.

Secondo l'AG per “segno vistoso” si deve intendere qualunque “segno visibile”, non dovendo considerare tale solo un segno di “grandi dimensioni”. Questa precisazione è importante perché, secondo la giurisprudenza precedente, il divieto di qualsiasi segno vistoso non costituisce una discriminazione diretta, mentre un divieto che colpisce solo i simboli di grandi dimensioni è classificabile come tale¹⁵. La qualificazione della misura in un senso o nell'altro ha importanti ricadute pratiche: le discriminazioni dirette, infatti, sono vietate in maniera assoluta dalla direttiva 2000/78/CE, mentre quelle indirette possono essere giustificate e sfuggire al divieto, purché siano rispettose del principio di proporzionalità.

Poiché nel caso di specie il divieto pare esteso a tutti i segni visibili, non vi è discriminazione diretta, in linea con quanto già statuito dalla Corte di

¹⁴ Cfr. conclusioni dell'AG Collins, alla causa *OP c. Commune d'Ans*, cit., punto 49.

¹⁵ Sentenza *WABE*, cit.

giustizia. L'AG rinvia in ogni caso all'accertamento del giudice *a quo* per verificare che vi sia un'applicazione realmente generale ed indiscriminata del divieto, perché ove così non fosse (ed alcuni elementi del fascicolo sembravano deporre in questo senso), si potrebbe essere in presenza di discriminazione diretta, sempre vietata dalla direttiva 2000/78/CE.

6. Segue: *e indiretta. Libertà di impresa vs. interesse pubblico*

Escluso l'inquadramento come discriminazione diretta (salvo diverso accertamento dei fatti da parte del giudice *a quo*), l'AG considera l'ipotesi che il divieto del Comune possa costituire una discriminazione indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ove venisse dimostrato che l'obbligo apparentemente neutro che esso contiene comporti un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia. Secondo l'Avvocato generale, non si può escludere che i dipendenti che seguono determinati precetti religiosi che impongono un certo abbigliamento siano maggiormente colpiti da un divieto come quello del Comune. Occorre, pertanto, verificare se una tale misura possa essere considerata giustificata da una finalità legittima e se i mezzi utilizzati siano proporzionati e necessari: in tal caso la discriminazione verrebbe meno e la misura potrebbe ritenersi compatibile con la direttiva 2000/78/CE.

È con riferimento all'esistenza di una finalità legittima che le conclusioni in esame offrono un nuovo spunto di riflessione con riferimento al difficile contemperamento tra la libertà dei dipendenti di manifestare la propria religione e la volontà del datore di lavoro (in questo caso, pubblico) di mantenere un ambiente di neutralità.

Secondo quanto riferito dal giudice *a quo*, la giustificazione del Comune risiederebbe nell'esigenza di rispettare il principio di neutralità dello Stato e la volontà di realizzare uno spazio amministrativo totalmente neutro. Secondo l'AG, infatti, il datore di lavoro pubblico non potrebbe invocare la libertà di impresa di cui all'art. 16 CDFUE, al pari di un privato. Tale affermazione è condivisibile stante il caso di specie, ma si ritiene che non possa dirsi del tutto preclusa l'invocazione dell'art. 16 CDFUE da parte di datori di lavori pubblici, quando si tratti di società che svolgono un'attività economicamente rilevante. Come già evidenziato in dottrina, l'art. 16 CDFUE, infatti, non indica in modo espresso a chi spetti questa libertà¹⁶: dunque, in linea di principio essa pare

¹⁶ Cfr. C. MALBERTI, *Art. 16*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F.

essere invocabile anche da una società pubblica, quantomeno nel senso indicato dalla precedente giurisprudenza della Corte che consentiva al datore di lavoro (privato) di imporre un ambiente di neutralità per esigenza di sviluppo degli affari. Nel caso di specie, tuttavia, non si trattava di una società pubblica ma di un ente pubblico, un Comune, che svolge un'attività di servizio a favore dei cittadini. Qui a venire in rilievo, secondo le osservazioni del Comune, è il principio di neutralità dello Stato, come consacrato nell'ordinamento belga. Secondo l'AG, il tema sarebbe quello di "tutelare i diritti e le libertà altrui, il che implica, in particolare, il rispetto di tutte le convinzioni filosofiche o religiose dei cittadini nonché il trattamento non discriminatorio e su un piano di parità degli utenti del servizio pubblico"¹⁷. L'AG richiama le osservazioni del governo belga, che a loro volta citano una sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi della quale l'autorità pubblica deve essere neutrale perché "è l'autorità di tutti i cittadini e per tutti i cittadini".

Individuata questa possibile finalità legittima, l'analisi dell'AG si concentra sulla sua qualificazione come "giustificazione oggettiva" ai sensi della direttiva 2000/78/CE. Qui l'AG ricorre alla giurisprudenza della Corte secondo cui una finalità legittima assurge a giustificazione oggettiva solo quando il datore di lavoro dimostri di essere in presenza di un'esigenza reale di tutela dei propri affari.

Sostanzialmente, l'AG fa un'applicazione per analogia dell'onere della prova posto dalla Corte a carico del datore di lavoro privato al caso dell'ente pubblico. Tale soluzione non appare scevra da criticità. Tale onere, infatti, appariva già sfiorare la *probatio diabolica* con riferimento al datore di lavoro privato, dovendo questi dimostrare che la libertà di espressione dei propri dipendenti quanto alle proprie convinzioni religiose e filosofiche rechi un pregiudizio al proprio *business*: a questo proposito, nella sentenza *WABE e Muller* si chiedeva al datore di lavoro di fornire la prova che in assenza della politica di neutralità egli avrebbe subito "conseguenze sfavorevoli". La Corte affermava, inoltre, che per accertare l'esigenza reale del datore di lavoro "si può, in primo luogo, tener conto, in particolare, dei diritti e delle legittime aspettative dei clienti o degli utenti". Si è già sottolineato in altra sede quanto sia difficile distinguere i diritti o le "aspettative" dai pregiudizi dei clienti¹⁸.

PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 310 ss. (spec. p. 311).

¹⁷ Cfr. conclusioni dell'AG Collins, alla causa *OP c. Commune d'Ans*, cit., punto 64.

¹⁸ Cfr. ancora a I. ANRÒ, F. CROCI, *op. cit.*, spec. p. 25.

Nel caso di un Comune la prova di un'esigenza reale per giustificare una politica di neutralità pare ancora più ardua. In primo luogo, perché all'interno dello Stato possono coesistere concezioni diverse del principio di neutralità dello Stato, come è il caso del Belgio¹⁹, ove si contrappongono "neutralità inclusiva" e "neutralità esclusiva". Secondo quanto riportato nelle conclusioni, la prima concezione di neutralità si riferisce principalmente al modo in cui un soggetto svolge il servizio pubblico, dovendo porsi attenzione unicamente ai suoi atti e non al suo aspetto esteriore: secondo tale impostazione, dunque, al dipendente pubblico non può essere vietato di indossare simboli religiosi fintantoché il suo comportamento non rivela segni di discriminazione. La neutralità esclusiva, al contrario "si basa sul presupposto che tanto gli atti compiuti dal dipendente pubblico quanto l'aspetto di quest'ultimo debbano essere rigorosamente neutri"²⁰. Dunque, anche l'aspetto esteriore deve risultare neutro al pari degli atti del dipendente. Nel caso di specie, il Comune avrebbe deciso di seguire l'opzione della neutralità esclusiva in ragione di un'esigenza sociale imperativa che a detta dell'AG il Comune "tenta di dimostrare [...] solo con affermazioni lapidarie e astratte"²¹.

Secondo quanto suggerito dall'AG il giudice del rinvio dovrebbe valutare l'assolvimento dell'onere della prova secondo due punti di vista "alternativi e non necessariamente cumulativi"²². Il primo punto di vista è quello giuridico: l'AG, ricordando che la Corte di giustizia non può prendere posizione sul diritto nazionale, si limita a constatare che il Comune non era obbligato ad adottare l'approccio esclusivo e che il principio di neutralità non pare essere sancito dalla Costituzione belga e che esso non sia definito in modo chiaro e uniforme in tale ordinamento. Dunque, per quanto il governo francese "interventivo" nell'ambito del rinvio pregiudiziale, abbia invocato l'art. 4, par. 2, TUE, non pare essere in gioco l'identità nazionale, tanto che il governo belga sul punto si è rimesso alla valutazione della Corte e non ha partecipato all'udienza.

Il secondo punto di vista suggerito dall'AG è quello del fatto: il Comune dovrebbe dimostrare "l'esigenza reale" di tale regola portando elementi come l'eventuale esistenza sul territorio di forti tensioni tra comunità o gravi problemi sociali.

¹⁹ Non è un caso che quasi tutti i rinvii pregiudiziali in questo ambito vengano dal Belgio.

²⁰ Cfr. conclusioni AG Collins, alla causa *OP c. Commune d'Ans*, cit., punto 66.

²¹ *Ibidem*, punto 67.

²² *Ibidem*, punto 68.

Dunque, l'AG conferma l'onere della prova particolarmente gravoso per il Comune, lasciando al giudice del rinvio la valutazione concreta nel caso di specie. L'impostazione seguita dall'AG appare coerente con le precedenti pronunce della Corte e di fatto lascia poco spazio per l'adozione di *policy* di neutralità che possa comportare un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia.

Ove il Comune riuscisse a dimostrare che il divieto in esame costituisce una giustificazione legittima e oggettiva alla disparità di trattamento, il giudice del rinvio dovrebbe poi valutare se il divieto sia appropriato e necessario per il conseguimento di tale finalità, nonché rispettoso del principio di proporzionalità e quindi limitato allo stretto necessario. Sul punto l'AG si limita ad osservare che il giudice del rinvio stesso nutre dubbi quanto alla modalità di applicazione di tale *policy*, riferendone un'applicazione a geometria variabile: ove questo fosse confermato, non solo non sussisterebbe il requisito dell'appropriatezza dei mezzi per il raggiungimento dell'obiettivo, ma ricadremmo in una vera e propria discriminazione diretta, secondo lo schema della direttiva.

Quanto alla proporzionalità, l'AG si limita ad osservare che tale divieto è imposto a tutti i dipendenti del Comune, anche a quelli che non sono a contatto con il pubblico, il che senz'altro difficilmente porta a concludere che sia limitato allo stretto necessario.

In conclusione, l'AG suggerisce alla Corte di giustizia di interpretare l'art. 2, par. 2, lett. b) della direttiva 2000/78/CE nel senso che una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali come quella derivante dal regolamento del Comune di Ans può essere giustificata dalla volontà dell'ente di creare un ambiente neutro a condizione che questo corrisponda ad un'esigenza reale e sia adeguatamente dimostrato dallo stesso, nonché che la misura sia idonea a raggiungere tale finalità e limitata allo stretto necessario.

7. *Le possibili deroghe al divieto di misure discriminatorie ai sensi della direttiva 2000/78/CE*

Pur non essendo stato formulato alcun quesito in questo senso, l'AG Collins prosegue l'analisi per verificare se, nel caso in cui il giudice del rinvio concluda per l'esistenza di una discriminazione, non possa in ogni caso applicarsi una delle deroghe previste dalla direttiva 2000/78/CE, che all'art. 2, par. 5 prevede che la legislazione nazionale possa mantenere delle misure

ritenute necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui e all'art. 4, par. 1, prevede che gli Stati possano stabilire che una differenza di trattamento basata su una delle caratteristiche correlata ai motivi di cui all'art. 1 (ovvero religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali) non costituisca una discriminazione qualora costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa in questione. Tali questioni, secondo quanto riportato dalle conclusioni, sono state infatti evocate dalle parti.

È la prima volta che la deroga di cui all'art. 2, par. 5, della direttiva 2000/78/CE è oggetto di interpretazione nel filone giurisprudenziale relativo al divieto di simboli religiosi sul luogo di lavoro, non essendo mai stata invocata in precedenza, trattandosi di policy derivanti principalmente da scelte aziendali, mentre la deroga di cui all'art. 4 era stata esaminata nel caso *Bouagnaoui*, a proposito del licenziamento di una dipendente a seguito della richiesta di un cliente dell'azienda di non avere rapporti con persone velate.

Con riferimento alla prima, l'AG ricorda innanzitutto che, trattandosi di una deroga al principio di non discriminazione, questa deve essere interpretata restrittivamente e si riferisce alla precedente giurisprudenza della Corte a proposito dell'art. 2, par. 5, in un caso di discriminazione in base all'età, ove è stato chiarito che la misura nazionale in questione deve discendere da una norma di legge o comunque da una norma abilitante sufficientemente precisa.

Nel caso di specie il divieto di simboli non pare derivare da norme di questo tipo: l'AG osserva che il regolamento imposto dal Comune non discende da un provvedimento legislativo e che le parti non sono state in grado di individuare una norma nazionale che possa ritenersi abilitante il Comune ad adottare regole siffatte, ma suggerisce di lasciare al giudice del rinvio l'ultima parola sul punto²³.

L'AG esamina, infine, la possibilità di deroga di cui all'art. 4, par. 1, ricordando, innanzitutto, che spetta, *in primis*, agli Stati stabilire se una differenza di trattamento basata su uno dei motivi di cui all'art. 1 della direttiva non costituisca una discriminazione: a tal proposito, egli osserva come, nel caso di specie, il Belgio sembri essersi avvalso di tale facoltà in una norma della legge nazionale sulla lotta alla discriminazione, rinviando – ovviamente – la verifica puntuale di tale circostanza al giudice nazionale²⁴.

²³ Cfr. conclusioni AG Collins, alla causa *OP c. Commune d'Ans*, cit., punti 84-85.

²⁴ *Ibidem*, punto 89.

Proseguendo nell'analisi, per il caso in cui il giudice nazionale confermasse l'ipotesi di cui sopra, l'AG ribadisce la necessità di un'interpretazione restrittiva e ricorda che, perché una misura possa essere qualificata come discriminatoria, essa deve fondare una differenza di trattamento su una caratteristica correlata ad uno dei motivi di cui alla direttiva 2000/8. Nel caso di specie, il divieto del Comune è senz'altro relativo ad una caratteristica legata alla religione. Sempre riferendosi al caso *Bougnaoui* (e alle conclusioni di Sharpston), l'AG ricorda che tale caratteristica deve costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa e conclude rapidamente nel senso di non vedere come "l'uso del velo islamico da parte di OP possa in qualche modo impedirle di svolgere appieno le sue funzioni di giurista alle dipendenze di un'amministrazione comunale", tanto più che in comuni vicini analoghe funzioni sono svolte in assenza di qualsivoglia divieto²⁵. Dunque, anche in questo caso, l'AG ritiene non applicabile la deroga in questione, fatte salve le verifiche del giudice *a quo*.

8. *Alcune riflessioni conclusive*

Come sopra ricostruito, le conclusioni dell'AG Collins affrontano le peculiarità del caso sottoposto alla Corte, relativo all'analisi del divieto di simboli religiosi imposto da un ente pubblico alla luce della direttiva 2000/78/CE, manifestando una certa continuità con gli orientamenti precedenti della Corte di giustizia. Anche in questo caso, infatti, l'AG conferma che il divieto generalizzato di portare simboli religiosi non costituisce una discriminazione diretta, ai sensi della direttiva 2000/78/CE ed esamina il possibile inquadramento come discriminazione indiretta, nonché la possibile giustificazione. L'AG considera che l'ente pubblico non possa invocare la libertà di impresa *ex art. 16 CDFUE*, al pari del datore privato, ma ritiene che la finalità legittima vada ravvisata nella volontà dell'ente pubblico di condurre una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa. Come sopra evidenziato, se tale soluzione è condivisibile nel caso di specie, non pare potersi escludere in assoluto che un soggetto pubblico possa invocare la libertà di impresa, purché svolga un'attività economicamente rilevante.

Collins prosegue poi, in coerenza con la giurisprudenza precedente, a verificare se tale finalità possa giustificare in maniera oggettiva una differenza di trattamento, trasportando nel settore pubblico il concetto di

²⁵ *Ibidem*, punto 91.

“esigenza reale” del datore di lavoro sviluppato nel settore privato. In questo caso, la dimostrazione dell'esigenza reale pare ancora di più difficile dimostrazione: il Comune dovrebbe dimostrare che la propria scelta discende dall'obbligo di rispettare il principio di neutralità proprio dell'ordinamento nazionale e/o che la stessa sia giustificata da elementi di fatto, quali la necessità di gestire forti tensioni tra comunità sul territorio. Anche in questo caso, dunque, se in linea di principio è ammesso che vi sia una giustificazione ad un trattamento differenziato, l'onere della prova per il datore di lavoro è particolarmente gravoso, in modo da consentire la compressione della libertà di religione solo in casi limitati. Per valutare questa “esigenza reale”, l'AG suggerisce di valutare un criterio giuridico, per verificare se vi sia un obbligo per il Comune discendente dalla concezione di neutralità propria dell'ordinamento belga e/o un criterio di fatto, ovvero l'analisi di situazioni di conflitto e tensione tra comunità diverse sul territorio.

Il bilanciamento appare, in ogni caso, estremamente delicato, anche per il ruolo dell'ente pubblico. Nel caso di specie, tuttavia, l'AG Collins pare propendere nettamente per la libertà di religione della dipendente, constatando – *inter alia* – che lo stesso ordinamento belga accoglie due concezioni di neutralità una esclusiva (più radicale) ed una inclusiva (meno restrittiva) e che nella prassi altri Comuni in zone limitrofe autorizzano senza problemi i propri dipendenti ad indossare simboli religiosi. L'analisi dell'AG ha poi ribadito la necessità di verificare che la differenza di trattamento sia idonea a raggiungere tale finalità e che tale divieto sia limitato allo stretto necessario, secondo il principio di proporzionalità.

L'AG ha, poi, analizzato per completezza la possibilità che potessero essere invocate le deroghe al divieto di discriminazione previste, rispettivamente, dall'art. 2, par. 5, secondo cui sono impregiudicate le misure necessarie alla sicurezza pubblica, all'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti altri, e dall'art. 4, par. 1, ove il divieto in questione sia collegato ad un requisito per lo svolgimento dell'attività lavorativa, escludendo entrambe le ipotesi.

Purtroppo, l'AG ha deciso di non affrontare la questione relativa alla qualificazione del divieto come discriminazione di genere: sarebbe stato invece opportuno chiarire la questione una volta per tutte, visto il riproporsi di tale domanda da parte dei giudici nazionali.

In conclusione, non si può omettere di considerare che nel diritto antidiscriminatorio, più che in altri settori, il ruolo del giudice nazionale nel verificare le circostanze di fatto per l'applicazione delle norme di diritto dell'Unione come interpretate dalla Corte di giustizia è fondamentale, tanto

che l'AG ha accompagnato ogni statuizione con il rinvio al giudice nazionale per l'accertamento in concreto. Al tempo stesso, il fatto che in pochi anni si siano susseguiti diversi rinvii pregiudiziali in tema di bilanciamento tra esigenze del datore di lavoro e diritto alla libertà di religione dei dipendenti è segno della delicatezza e della difficoltà del bilanciamento, anche in ragione dell'approccio dell'ordinamento al principio di neutralità, e del supporto offerto dalla Corte di giustizia attraverso l'interpretazione della direttiva 2000/78/CE.

BlogDUE

CHI DEVE FIRMARE GLI ACCORDI INTERNAZIONALI
STIPULATI DALL'UNIONE EUROPEA? BREVI NOTE A MARGINE
DELLE CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE KOKOTT
ALLA CAUSA *COMMISSIONE C. CONSIGLIO*
(SIGNATURE D'ACCORDS INTERNATIONAUX)

Alessandro Amato*

SOMMARIO: 1. Premessa: l'oggetto della controversia. – 2. Le conclusioni dell'Avvocato generale. – 3. La rilevanza della vicenda. – 4. Questioni di natura processuale. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa: l'oggetto della controversia*

Il 28 giugno 2021 il Consiglio dell'UE ha emanato la decisione 1117/2021, per rinnovare gli accordi di partenariato nel settore della pesca tra la Repubblica gabonese e la Comunità europea (GU L 109 del 26.4.2007, pag. 3, approvato in virtù del regolamento (CE) n. 450/2007 del Consiglio ed entrato in vigore l'11 giugno 2007).

È utile ricordare che, a norma della disciplina di cui all'art. 218 TFUE, il Consiglio aveva provveduto, nel 2015, ad autorizzare la Commissione ad avviare i negoziati con la Repubblica gabonese per la conclusione di un nuovo protocollo, in vista della scadenza del precedente, prevista nel luglio del 2016. Alla positiva conclusione delle trattative, il nuovo protocollo di attuazione dell'accordo di partenariato nel settore della pesca tra la Repubblica gabonese e la Comunità europea (2021-2026) è stato siglato il 10 febbraio 2021.

Tale protocollo è giunto, però, all'attenzione della Corte e della dottrina, perché la Commissione, nel 2022, ha presentato un ricorso volto all'annullamento dell'art. 2 della decisione 1117/2021, il quale dispone che: *“Il presidente del Consiglio è autorizzato a designare la persona o le persone abilitate a firmare il protocollo a nome dell'Unione”*. In particolare, la Commissione ha contestato al Consiglio di essersi arrogato un potere non direttamente conferitogli dai Trattati e, conseguentemente, di aver violato l'art. 17

* Dottore in Giurisprudenza – Università degli Studi di Napoli Federico II) – 20 luglio 2023

TUE, che gli attribuisce competenza in materia di rappresentanza esterna, nonché l'art. 218, par. 5, TFUE, alla luce del quale il Consiglio ha solo il potere di adottare una decisione che autorizza la firma di un accordo. Poiché l'art. 17 TUE, nel primo paragrafo, conferisce alla Commissione la prerogativa di assicurare, nelle materie non rientranti nell'ambito della PESC, la rappresentanza esterna dell'Unione, la Commissione ha chiesto altresì l'annullamento dell'autorizzazione rilasciata dal presidente del Consiglio a favore del rappresentante permanente della Repubblica portoghese e del COREPER a rappresentare l'Unione e a firmare il protocollo.

Dal canto suo, il Consiglio ha contestato sia la ricevibilità del ricorso sia, in subordine, la sua fondatezza. In primo luogo, ha sostenuto che l'annullamento dell'art. 2, del protocollo impugnato, causerebbe la modificazione della natura sostanziale della decisione e, in secondo luogo, che le lamentate violazioni della Commissione dell'art. 17 TUE non corrisponderebbero al vero.

La controversia in esame risulta senza dubbio rilevante, giacché pone nuove questioni di diritto; infatti, per la prima volta è stato sottoposto all'attenzione del giudice dell'Unione il rispetto dell'equilibrio istituzionale nel procedimento relativo alla conclusione di accordi internazionali con Stati terzi.

2. *Le conclusioni dell'Avvocato generale*

Nelle conclusioni, presentate il 13 luglio 2023, l'Avvocato generale Kokott si sofferma innanzitutto sull'eccezione di ricevibilità del ricorso, ricordando che l'annullamento parziale di un atto dell'Unione è possibile “soltanto nella misura in cui gli elementi di cui si chiede l'annullamento siano scindibili dal resto dell'atto” (punto 32 delle conclusioni). Per giurisprudenza costante della Corte, la verifica del carattere scindibile delle disposizioni contestate “presuppone l'esame della portata di tali disposizioni, al fine di poter valutare se il loro annullamento modificherebbe lo spirito e la sostanza dell'atto impugnato” (da ultimo, sentenze della Corte del 22 novembre 2022, causa C-24/20, *Commissione c. Consiglio* (Adhésion à l'acte de Genève), punti 47 e 48; e del 9 novembre 2017, causa C-205/16 P, *Solar-World c. Consiglio*, punti 38 e 39). Tale verifica è subordinata ad una valutazione di natura oggettiva che prescinde, perciò, dalla volontà (soggettiva) dell'istituzione che ha adottato l'atto.

Sulla base di tale premessa, l'avv. gen. afferma che gli artt. 1 e 3 della

decisione controversa disciplinano la decisione (politica) del Consiglio di approvare il contenuto del protocollo negoziato dalla Commissione e di dargli applicazione provvisoria. Di converso, l'art. 2 di tale decisione riguarda le modalità con cui la volontà (in materia di politica estera) dell'Unione deve essere espressa e attuata nei confronti di uno Stato terzo. Pertanto, il profilo giuridico, "di *chi* debba essere delegato quale rappresentante dell'Unione a firmare il protocollo" non può in alcun modo "influenzare la decisione del Consiglio in merito al *se* approvare con la firma il protocollo e disporre la sua applicazione a titolo provvisorio" (punto 34 delle conclusioni).

L'Avvocato generale Kokott passa poi ad esaminare la problematica nel merito; ovvero, l'interferenza tra competenze della Commissione e del Consiglio in materia di rappresentanza esterna e, in secondo luogo, la violazione degli obblighi di motivazione e di pubblicazione della decisione in parola.

Quanto al primo motivo, l'avv. gen. conclude che l'art. 2 della decisione impugnata costituisce una violazione dei Trattati ai sensi dell'art. 263 TFUE. Nel determinare tale ipotesi, si concentra sul rapporto tra le norme contenute nell'art. 218, par. 2 e 5, TFUE, da un lato; e l'art. 17, par. 1, TUE, dall'altro.

Per comprendere come interagiscono tali disposizioni, come ben evidenziato nelle conclusioni, la questione dirimente è se "il potere di designare la persona che viene autorizzata a firmare accordi internazionali a nome dell'Unione rientri nella competenza della Commissione ad assicurare la rappresentanza esterna dell'Unione ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, sesta frase, TUE o, invece, nelle competenze riconosciute al Consiglio nell'ambito della conclusione di siffatti accordi a norma dell'articolo 218 TFUE" (punto 44 delle conclusioni).

L'avv. gen. sottolinea subito che i Trattati non forniscono indicazioni precise a tal riguardo e che i dubbi al quesito vanno chiariti in via interpretativa. Più precisamente, rileva che nel diritto dell'Unione non è rinvenibile una nozione precisa di "rappresentanza esterna dell'Unione", in quanto non è definito se il termine rappresentanza ricomprenda anche la firma degli accordi internazionali da parte della Commissione. Nondimeno, a suo avviso, "di norma, una rappresentanza in senso giuridico è caratterizzata dal fatto che il rappresentante è delegato dal rappresentato a compiere determinate azioni. Ciò comprende, in particolare, la formulazione di dichiarazioni di volontà. La firma di un accordo internazionale costituisce, prima facie, una siffatta dichiarazione di volontà" (punto 50).

A supporto di tale lettura, l'avv. gen. richiama gli artt. 10 e 11 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969) e alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali e tra

organizzazioni internazionali (1986). Invero, sebbene la prima si applichi soltanto ai trattati conclusi tra Stati, mentre la seconda è stata sì sottoscritta dall'Unione ma non è entrata in vigore, entrambi gli accordi sono in ampia misura espressione del diritto internazionale consuetudinario. Da tali disposizioni si evince che la firma di un accordo, come quello in esame, può "congelarne" il testo o esprimere il consenso ad esserne vincolati. Pertanto, in entrambi i casi la firma è espressione di una dichiarazione di volontà che solitamente rientra nel potere di rappresentanza.

Ma, se la Convenzione di Vienna del 1969 opera una distinzione tra persone delegate o legittimate a operare come rappresentanti e persone che vengono considerate d'ufficio come rappresentanti del loro Stato, per quanto riguarda le organizzazioni internazionali, la relativa Convenzione prevede unicamente un'autorizzazione o un diritto di rappresentanza sulla base delle circostanze, non un potere di rappresentanza d'ufficio (art. 7, par. 3, lett. *a* e *b*). Ciò vale a dire che per le organizzazioni internazionali non è prevista una rappresentanza d'ufficio, poiché si è volutamente rinunciato a introdurre una disciplina in materia, allo scopo di tener conto delle differenze considerevoli nella struttura di tali organizzazioni e nelle loro regole in materia di rappresentanza.

Neppure, l'avv. gen. ritiene utili, ai fini dell'interpretazione dell'art. 17, par. 1, sesta frase, TUE, gli artt. 220 e 221 TFUE che, come noto, disciplinano i rapporti dell'Unione con le organizzazioni internazionali e con i Paesi terzi, ripartendo tali competenze tra la Commissione e l'Alto rappresentante. Infatti, sebbene le relative discipline adoperino la nozione di rappresentanza, esse non concernono la rappresentanza dell'Unione in sede di avvio di accordi internazionali, né il potere di firmarli, bensì unicamente la sua rappresentanza diplomatica o consolare e la collaborazione con le organizzazioni internazionali.

Di talché, la prima conclusione parziale a cui giunge l'Avvocato generale Kokott è quella di negare che il diritto internazionale o gli artt. 220 e 221 TFUE possano fornire un aiuto alla risoluzione della questione.

Considerando poi che, ai sensi dell'art. 17, par. 1, sesta frase, TUE alla Commissione sono attribuite competenze, fatta eccezione per "gli altri casi previsti dai trattati" e che una limitazione potrebbe risultare dall'art. 218, parr. 2 e 5, TFUE e dalle competenze ivi previste a favore del Consiglio a concludere accordi internazionali, l'Avvocato generale Kokott passa ad interpretare tale disposizione, alla luce del suo tenore letterale e del suo impianto sistematico, precisando che i lavori preparatori di tale articolo non risultano utili.

Invero, come emerge dalla giurisprudenza della Corte, l'art. 218 TFUE costituisce, in tema di stipulazione di accordi internazionali, una norma autonoma e generale di portata costituzionale, questo in quanto attribuisce alle istituzioni dell'Unione specifiche competenze (sentenza del 16 luglio 2015, causa C-425/13, *Commissione c. Consiglio*, punto 62). Tale disposizione, concepita allo scopo di creare un equilibrio tra le istituzioni europee, si sofferma particolarmente sull'aspetto della ripartizione delle competenze tra Commissione e Consiglio, in fase di avvio e conclusione di accordi con Stati terzi. Come ben noto, gli accordi sono negoziati dalla Commissione, nel rispetto delle direttive di negoziato adottate dal Consiglio, e successivamente conclusi da quest'ultima istituzione, in seguito ad approvazione o a consultazione, del Parlamento. Sicché, la competenza a concludere gli accordi è attribuita al Consiglio, salvo le competenze riconosciute in questo campo alla Commissione.

Ancora più precisamente, il par. 2 di tale articolo prevede che sia il Consiglio ad autorizzare la firma ed a concludere gli accordi. Tale autorizzazione è disciplinata in maniera specifica nell'art. 218, par. 5, TFUE, il quale dispone che il Consiglio "*adotta una decisione che autorizza la firma dell'accordo e, se del caso, la sua applicazione provvisoria prima dell'entrata in vigore*", disponendo al paragrafo successivo che esso adotta "*una decisione relativa alla conclusione dell'accordo*".

Cosicché, afferma l'avv. gen., un'interpretazione sufficientemente corroborata dal tenore letterale e dall'impianto sistematico dell'art. 218 TFUE induce a ritenere che la firma non rientra nella competenza del Consiglio, dal momento che quest'ultimo si limita, mediante decisione, ad autorizzarne l'apposizione; di conseguenza, nemmeno la nomina della persona a tal fine delegata deve necessariamente promanare da detta istituzione.

Dopo aver esaminato il secondo motivo di ricorso ed aver stabilito che il Consiglio non ha rispettato l'art. 13, par. 2, seconda frase, TUE a danno della Commissione, avendo violato le proprie competenze e che gli effetti della decisione controversa e della relativa autorizzazione non possono essere considerati definitivi, ai sensi dell'art. 264, secondo comma, TFUE, l'avv. gen. suggerisce alla Corte di annullare sia l'art. 2 della decisione (UE) 2021/1117 del Consiglio, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea; sia l'autorizzazione del rappresentante permanente della Repubblica portoghese e presidente del COREPER a firmare detto protocollo a nome dell'Unione, rilasciata dal presidente del Consiglio il 28 giugno 2021.

3. *La rilevanza della vicenda*

Le conclusioni a cui giunge l'Avvocato generale Kokott sono ampiamente condivisibili, per ragioni, principalmente, di carattere sistematico.

Invero, era ampiamente avvertita da tempo la necessità di far luce sulla fase della “firma” della stipulazione degli accordi internazionali da parte dell'UE che, a seguito della revisione di Lisbona, ha subito importanti modifiche messe in luce dalla dottrina (v. P. MANZINI, M. GATTI, *External representation of the European Union in the conclusion of international agreements*, in *Common Market Law Review*, vol. 49, n. 5, 2012, p. 1703 ss.; A. MIGNOLLI, *Art. 218 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 1788 ss.), ma sulle quali la Corte ancora non era stata interrogata. E questo quantunque la prassi oscillasse tra vecchi e nuovi paradigmi.

A tal riguardo, è opportuno rammentare che, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, i Trattati CE/UE non identificavano esplicitamente chi dovesse firmare un accordo. Difatti, l'art. 300 del Trattato CE considerava la procedura di firma solo in relazione alla fase decisionale, riconoscendo in capo al Consiglio la competenza ad autorizzare la firma degli accordi internazionali; mentre l'art. 24 TUE non menzionava nemmeno tale fase. In ogni caso, nella prassi, le due disposizioni sono state interpretate come se affidassero “espressamente” al Consiglio la competenza di designare il firmatario. Così, il Consiglio attribuiva questo potere alla sua presidenza, investendola del potere di individuare la persona o le persone abilitate a firmare l'accordo. Per tal via, si erano aperti tre scenari: l'accordo era firmato da un rappresentante dello Stato che deteneva la presidenza di turno, da un membro/funziario della Commissione o da rappresentanti di entrambe le entità. Ad esempio, gli accordi UE, soggetti alla procedura “intergovernativa”, di cui all'art. 24 TUE, potevano essere firmati dalla Presidenza, ma anche dalla Commissione (in argomento, v. A. MIGNOLLI, *Sul treaty-making power nel secondo e nel terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2001, p. 978 ss.).

Come ben noto, il Trattato di Lisbona ha modificato le disposizioni relative alla rappresentanza dell'Unione nella firma di accordi internazionali. E, l'interpretazione sistemica dei Trattati prevista dall'art. 1, par. 2, TFUE richiede che l'art. 218, par. 5, TFUE sia letto in modo coerente con gli artt. 17 e 27 TUE. Tali disposizioni affermano chiaramente che la Commissione e l'Alto rappresentante rappresentano l'Unione. Pertanto, l'identificazione

del firmatario dell'UE deve seguire le regole generali relative alla rappresentanza dell'Unione, contenute negli artt. 17 e 27 del TUE.

Di conseguenza, in analogia con la negoziazione di accordi internazionali, la Commissione dovrebbe firmare gli accordi non-PESC, l'Alto rappresentante dovrebbe firmare gli accordi PESC e sia la Commissione che l'Alto rappresentante dovrebbero firmare gli accordi contenenti elementi non-PESC e PESC, nessuno dei quali accessorio all'altro. Nessun'altra istituzione, e in particolare la Presidenza di turno e/o il Consiglio, dovrebbero svolgere alcun ruolo in questa fase. D'altronde, il Trattato di Lisbona ha eliminato qualsiasi riferimento ai compiti di rappresentanza della Presidenza di turno (cfr. ancora P. MANZINI, M. GATTI, *External representation of the European Union*, cit.).

Nonostante ciò, come detto, la prassi non è lineare. Anzi spesso continua a riproporre i criteri e gli schemi pre-Lisbona, soprattutto perché le cerimonie di firma generano un'elevata visibilità per i firmatari. Ciò trova testimonianza nel comportamento della Presidenza di turno, che alternativamente affida la firma degli accordi a un organo dell'UE o a un proprio ministro o diplomatico (a tal ultimo proposito, v., ad es., l'accordo di partenariato per una pesca sostenibile tra l'Unione europea, da una parte, e il governo della Groenlandia e il governo della Danimarca, dall'altra - GU 2021, L 175, p. 3); o, ancora, a rappresentanti di entrambe le entità (in dottrina, cfr. E. BARONCINI, *L'Unione europea e la procedura di conclusione degli accordi internazionali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n. 1, 2013, p. 14).

Tuttavia, vale la pena notare che questa frammentazione non è priva di difetti, poiché trasmette l'impressione di un'Unione che, sul piano esterno, risulta fortemente divisa.

A ciò si aggiunga che gli Stati membri sono inclini a delegare la propria rappresentanza nella negoziazione di accordi misti, ma sono meno propensi a delegare la propria rappresentanza nella firma di tali accordi. In questi contesti, però, la frammentazione della rappresentanza europea non è percepita come una carenza sostanziale (cfr. ancora P. MANZINI, M. GATTI, *External representation of the European Union*, cit.).

In definitiva, il ricorso in esame offre alla Corte di giustizia l'opportunità di far luce su un aspetto abbastanza controverso della procedura di conclusione degli accordi internazionali, ma di estrema importanza, in quanto, anche nell'Unione, in linea con il diritto consuetudinario in materia di diritto dei trattati, la firma conferisce al testo dell'accordo autenticità e definitività; nonché impone l'obbligo di agire in buona fede e di astenersi da atti che potrebbero vanificare l'oggetto e lo scopo dell'accordo stesso.

4. *Questioni di natura processuale*

Un'altra notazione, collaterale, ma non per questo meno significativa, riguarda il ruolo che, nella vicenda descritta, ha rivestito l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri. La partecipazione dell'Alto rappresentante al procedimento innanzi la Corte è stata particolarmente discussa, cosa di cui abbiamo conoscenza grazie all'ordinanza del presidente della Corte, emanata il 3 marzo 2022. Il 6 gennaio 2022, depositando apposito atto presso la cancelleria della Corte, l'Alto rappresentante aveva chiesto di intervenire nella causa a sostegno delle posizioni della Commissione, in virtù della disciplina di cui all'art. 40 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea e all'art. 130 del regolamento di procedura della Corte. Per giustificare il proprio diritto ad intervenire, esso aveva sostenuto di far parte delle istituzioni europee e, in subordine, di dover essere considerato un organo o un organismo dell'Unione, adducendo, inoltre, di avere un interesse alla soluzione della controversia, poiché le valutazioni che la Corte avrebbe effettuato, in merito alla prerogativa invocata dalla Commissione si sarebbero applicate, *mutatis mutandis*, all'analoga prerogativa di cui egli è titolare, ai sensi dell'art. 27, par. 2, TUE nel settore della PESC.

A rigor di cronaca va riportato che il Consiglio aveva chiesto il rigetto di detta istanza, sostenendo che l'Alto rappresentante non fosse un'istituzione dell'Unione europea e che, sebbene rientrasse nella nozione di organo o organismo dell'Unione, ai sensi dell'art. 40, secondo comma, di tale Statuto, non avesse comunque alcun interesse ad intervenire, dal momento che la materia l'oggetto del contenzioso non era riferibile alla PESC.

In realtà, sebbene l'Alto rappresentante non sia annoverato tra le istituzioni dell'Unione, di cui all'art. 13 TUE, esso rientra senza dubbio tra gli organi ed organismi. E, dunque, avendo sostenuto di voler intervenire in quanto organo dell'Unione, titolare di un interesse, è soggetto alla disciplina di cui all'art. 2 dello Statuto della Corte, ove è disposto che il diritto di intervenire in una controversia sottoposta alla Corte spetta "agli organi e agli organismi dell'Unione e ad ogni altra persona", se possono dimostrare di avere un "interesse alla soluzione della controversia", come già chiarito in precedenza dalla Corte (v. ordinanza del presidente della Corte del 17 settembre 2021, causa C-144/21, *Parlamento c. Commissione*, punti da 6 a 8).

Per quanto concerne, specificatamente, la presenza di un legittimo interesse atto a giustificare l'intervento, deve sottolinearsi che la nozione di interesse alla soluzione della controversia va intesa come un interesse diretto e attuale all'esito riservato alle conclusioni presentate, e non come un interesse

in relazione ai motivi dedotti o agli argomenti invocati. Nel caso di specie, l'interesse è rinvenibile nel fatto che la soluzione della controversia è destinata a far chiarezza, *mutatis mutandis*, sulla scelta della procedura da seguire e sulle competenze esercitate dall'Alto rappresentante nella stipulazione di accordi PESC, determinando la portata del suo ruolo e delle competenze attribuitegli dal diritto primario.

Infatti, come noto, al pari della Commissione nelle materie che esulano dalla PESC, l'Alto rappresentante è investito, nelle materie rientranti nella PESC, del mandato di assicurare la rappresentanza dell'Unione. Per tali motivi la Corte aveva riconosciuto il suo interesse come diretto e attuale.

Peraltro, la circostanza, invocata dal Consiglio, secondo cui l'Alto rappresentante presieda, ai sensi dell'art. 27, par. 1, TUE, il Consiglio Affari esteri, non incide sulla natura dell'interesse da questo vantato, in quanto, per contestare la posizione del Consiglio, è sufficiente rilevare che le decisioni che autorizzano la sottoscrizione di un accordo internazionale nel settore della PESC non sono sempre adottate dal Consiglio Affari esteri e che, indipendentemente dal ruolo preciso svolto dall'Alto rappresentante nell'ambito della conclusione di un simile accordo internazionale, i chiarimenti forniti dalla Corte sul piano giuridico, per quanto riguarda la portata della missione di rappresentanza di cui all'art. 17, par. 1, TUE, possono precisare la portata del mandato di rappresentanza di cui all'art. 27, par. 2, TUE. Di conseguenza la Corte ha provveduto, ai sensi dell'art. 40, secondo comma, dello Statuto della Corte e dell'art. 131, par. 3, del regolamento di procedura, ad accogliere l'istanza di intervento dell'Alto rappresentante a sostegno delle conclusioni della Commissione.

Un ulteriore profilo di natura processuale che va posta in evidenza riguarda la possibile limitazione degli effetti nel tempo della sentenza di annullamento, ai sensi dell'art. 264, 2° comma, TFUE. Secondo quanto prospettato dall'Avvocato generale Kokott, tale limitazione non risulta necessaria nella fattispecie, in quanto l'accertata mancanza di legittimazione del rappresentante del Consiglio non costituirebbe una grave violazione di una disposizione di importanza fondamentale tale da mettere in discussione la validità, a livello di diritto internazionale, del protocollo (punti 92-95 delle conclusioni; v. art. 46 di entrambe le Convenzioni di Vienna). L'avv. gen. ritiene, cioè, che gli atti impugnati riguardino solamente dinamiche istituzionali interne all'Unione e che un eventuale annullamento non metta in discussione la credibilità dell'Unione sullo scenario internazionale.

È pur vero che, se la Corte dovesse orientarsi diversamente, non sarebbe la prima volta che eserciterebbe il potere attribuitole dall'art. 264, 2° comma,

TFUE per motivi di certezza del diritto, ovvero per non “mettere in dubbio l’impegno dell’Unione in relazione agli atti giuridici adottati” e per non “ostacolare così la corretta attuazione di tale accordo” (sentenza della Corte del 2 settembre 2021, causa C-180/20, *Commissione c. Consiglio* (Accord avec l’Arménie), punto 63; nonché già la sentenza del 4 giugno 2016, causa C-263/14, *Parlamento c. Consiglio* - sull’accordo tra Unione e Tanzania del 1° aprile 2014).

5. Conclusioni

In definitiva, la questione sottoposta all’attenzione della Corte di giustizia va ben oltre la fattispecie concreta, giacché è destinata a definire, in maniera certa, quale sia l’istituzione europea che ufficialmente e pienamente rappresenta l’Unione nei rapporti con gli Stati terzi (ancora attuale è la celebre frase “Chi devo chiamare se voglio parlare con l’Europa?”, attribuita all’ex Segretario di Stato degli Stati Uniti, Henry Kissinger), oltre che a ristabilire un equilibrio istituzionale interno.

Invero, quantunque il Trattato di Lisbona abbia (apparentemente) risolto la dualità delle relazioni esterne dell’UE, abolendo la struttura a pilastri e conferendo all’Unione un’unica personalità giuridica ed obiettivi precisi per l’azione esterna; ma soprattutto abbia dettato un’unica procedura di elaborazione dei trattati, i problemi restano numerosi, proprio a partire dalla coerenza e dall’unità della rappresentanza dell’Unione. Gli stessi Stati membri, attraverso il Consiglio, continuano ad affidarsi ai criteri pre-Lisbona che, come visto, attribuiva loro un ruolo maggiore.

D’altra parte, non è possibile negare, anche alla luce delle recenti tempeste geopolitiche, che il tema di una vera e propria politica comune estera dell’UE resta discussissimo. E che la PESC resta ancorata a rapporti bilaterali preesistenti a cui gli Stati membri non vogliono rinunciare.

SOVVENZIONI ESTERE DISTORSIVE:
AMBITO DI APPLICAZIONE ED *ENFORCEMENT* SETTORIALE
DEL REGOLAMENTO (UE) N. 2560/2022

Mario Barbano*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Quadro normativo internazionale rilevante (cenni). – 3. Ambito di applicazione e tratti essenziali del reg. (UE) n. 2560/2022. – 4. Rapporti tra FSR e “altri strumenti normativi”: diritto internazionale. – 5. *Segue*: diritto dell’Unione. – 6. In dettaglio: regimi settoriali in materia di trasporti. – 7. Conclusioni di sintesi.

1. *Introduzione*

Entrato in vigore il 12 gennaio scorso, il regolamento (UE) n. 2560/2022 in materia di sovvenzioni estere distorsive (noto anche come *Foreign Subsidies Regulation*, di seguito: “FSR”) sarà applicato dalla Commissione a partire dal 12 luglio prossimo (art. 54.2 FSR). Il FSR si colloca nel sistema di regole volto a garantire una concorrenza alla pari tra imprese operanti nel mercato interno (c.d. *level playing field*) e interviene, in particolare, sulla sua dimensione “esterna”, ossia sulle distorsioni che possono derivare dal sostegno pubblico garantito da Paesi terzi alle suddette imprese. Il fenomeno è di grande rilievo economico: a livello globale, si calcola che le sovvenzioni statali alle sole grandi imprese per il quadriennio 2014-2018 corrispondano ad ammontare compreso tra i 48 e 108 miliardi USD, a cui vanno aggiunti 66 miliardi USD in finanziamenti a condizioni non di mercato (stime prudenziali basate su 306 grandi imprese attive in 13 settori industriali: IMF, OECD, World Bank, WTO, *Subsidies, Trade, and International Cooperation*, Joint Report 2022/001, p. 16). La pandemia e le crescenti tensioni geopolitiche hanno ulteriormente incentivato forme di intervento pubblico nell’economia (per ulteriori stime, si rinvia a <https://www.globaltradealert.org/>; sul dibattito interno all’Unione che ha condotto all’adozione del FSR, v. Government of The Netherlands, *Strengthening the level playing field on the internal market*, Non-paper, 9 December 2019; Commissione europea, *Libro bianco relativo all’introduzione di pari condizioni di*

* Dottorando di ricerca presso CIELI, Università di Genova – 21 giugno 2023.

concorrenza in materia di sovvenzioni estere, COM(2020) 253 final, 17 giugno 2020; Monopolkommission, *Chinese state capitalism: A challenge for the European market economy*, Biennial Report XXIII, 2020).

Come è noto, qualora proveniente da uno Stato membro, tale supporto è soggetto al controllo sugli aiuti di Stato di cui agli art. 107 ss. TFUE (in dettaglio F. MUNARI, C. CELLERINO, *Commento agli artt. 107-109 TFUE*, in A. TIZZANO (ed.), *Trattati dell'Unione Europea*, II ed., Milano, 2014, pp. 1073-1190; F. SÄCKER, F. MONTAG (eds.), *European State Aid Law*, München, 2016). Il FSR introduce un meccanismo di controllo simile - ma, come si vedrà, non equivalente - per le sovvenzioni erogate da Paesi terzi, onde evitare che le imprese possano sfruttare nel mercato interno i “deep pockets” di cui beneficiano fuori dall'Unione. A tale strumento, che opera *ex post*, si aggiungono meccanismi di verifica *ex ante* in materia di operazioni di concentrazione e di partecipazione a gare di appalto pubblico. In tali ambiti, infatti, la disponibilità di sovvenzioni estere può consentire acquisizioni societarie o offerte di gara a condizioni economiche non sostenibili per i concorrenti. Ad ogni modo, e in analogia con la disciplina degli aiuti di Stato, in ciascuno di questi casi i poteri di *enforcement* sono accentrati in capo alla Commissione (in generale sul tema, si rinvia a: F. FERRARO, *L'Unione europea fa cadere la scure sulle sovvenzioni estere accentrando il loro controllo nelle mani della Commissione*, in *I Post di AISDUE*, vol. V, 2023, pp. 68-86; A. ROSANÒ, *Oltre il confine del diritto degli aiuti di Stato: il Regolamento (UE) 2022/2560 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2023, in corso di pubblicazione; J. PIERNAS LÓPEZ, *The Foreign Subsidies Regulation: an Ambitious Instrument that Raises Significant Challenges*, in *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 2, n. 1, 2023, pp. 44-49; L. HORNKOHL, *Protecting the Internal Market From Subsidisation With the EU State Aid Regime and the Foreign Subsidies Regulation: Two Sides of the Same Coin?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, vol. 14, n. 3, pp. 137-151; T. MÜLLER-IBOLD, *The Draft Foreign Subsidies Regulation: Relationship with other Instruments*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, n. 3, 2022, p. 431-441; J. KUH-LING, P. REINHOLD, T. WECK, *State Capitalism and Level Playing Field: The Need for a 'Third-Country State Aid Instrument' to Restore a Level Playing Field in the EU's Internal Market*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2020, p. 403 ss.). Gli aspetti procedurali dell'FSR sono ulteriormente approfonditi nel progetto di regolamento di esecuzione sul quale la Commissione ha avviato una consultazione pubblica (Commissione, *La Commissione avvia una consultazione pubblica sull'attuazione del regolamento sulle sovvenzioni*

estere, IP/23/591, 6 febbraio 2023; per i primi commenti, V. J. MODRALL, *Foreign Subsidies Regulation – EU Publication of Notification Forms Launches Compliance Efforts*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 16 February 2023; U. SOLTÉSZ, *Be Careful What You Wish For... The Foreign Subsidies Regulation Triggers Buyer's Remorse*, *ivi*, 20 March 2023).

Tuttavia, prima ancora della definizione della procedura, l'*enforcement* della nuova disciplina richiede di individuare con precisione l'ambito di applicazione. Il FSR si inserisce, infatti, in un quadro normativo caratterizzato, da un lato, dai vincoli assunti dall'Unione in sede internazionale e, dall'altro lato, della presenza di norme di diritto derivato che regolano il fenomeno delle sovvenzioni estere in alcuni settori specifici, quali quello delle importazioni, del trasporto marittimo e aereo. Tale complessità, peraltro, si riflette nella duplice base giuridica, individuata sia nella politica commerciale comune (art. 207 TFUE) che nell'esigenza di armonizzazione del mercato interno (art. 114 TFUE).

Il presente contributo si propone di fornire una prima analisi dei rapporti tra FSR e tali discipline *ad hoc*, cercando di trarre da queste alcuni spunti di riflessione circa il futuro *enforcement* del FSR. Pertanto, premessa una sintetica ricostruzione del quadro internazionale (par. 2) e dei tratti essenziali del FSR (par. 3), ci si soffermerà sui rapporti con gli atti internazionali e di diritto derivato rilevanti (parr. 4-5), con particolare attenzione per i regimi nel settore dei trasporti, particolarmente interessanti in quanto già oggetto di disciplina omologa a livello dell'Unione (par. 6). In conclusione, sarà possibile trarre alcune considerazioni di sintesi (par. 7).

2. *Quadro normativo internazionale rilevante (cenni)*

Per quanto concerne il quadro normativo internazionale, occorre distinguere tra iniziative in sede multilaterale, bilaterale o unilaterale.

A livello multilaterale, l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) prevede una disciplina specifica in materia di sovvenzioni alle esportazioni e alla produzione, contenuta all'art. XVI dell'Accordo generale sui dazi doganali e sul commercio (*General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*) e nell'Accordo sulle sovvenzioni e sulle misure compensative (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures - ASCM*; in dettaglio, A. SANTA MARIA, *Il diritto internazionale dell'economia*, in S. M. CARBONE ET AL. (ed.), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2021, p. 579 ss., spec. p. 598 ss.). Per quanto di interesse, l'art. 1 SCM definisce la nozione

di sovvenzione in virtù della *specificità* della misura, che deve avere ad oggetto determinate imprese o industrie e della modalità di erogazione, che può essere *diretta* o *indiretta* (inclusi i vantaggi fiscali e le riduzioni dei costi). L'Accordo ASCM distingue tra sovvenzioni alle esportazioni, senz'altro vietate (c.d. semaforo rosso, art. 3 ss. ASCM) e sovvenzioni alla produzione, ossia incidenti sull'industria nazionale, che possono essere vietate qualora ne derivi un pregiudizio al commercio tra Parti contraenti (c.d. semaforo giallo, art. 5 ss. ASCM).

Per quanto concerne i servizi, invece, l'art. XV dell'Accordo generale sullo scambio dei servizi (*General Agreement on Trade in Services - GATS*) rinvia l'istituzione di un regime multilaterale anti-sovvenzioni a successivi negoziati, ad oggi mai concretizzatisi. In ambito settoriale, si segnalano anche le restrizioni alle sovvenzioni all'agricoltura contenute agli art. 8-10 dell'*Agreement on Agriculture*.

In ogni caso, si registrano criticità sotto il profilo dell'*enforcement*, soprattutto per la reticenza delle Parti contraenti rispetto agli obblighi di trasparenza (cfr. art. XVI GATT). A ciò si aggiungono le costanti tensioni in ambito OMC, che si ripercuotono sull'efficacia del suo meccanismo di risoluzione delle controversie (si veda F. MUNARI, *Risoluzione pacifica e prevenzione delle controversie transnazionali*, in S. M. CARBONE ET AL. (ed.), *op. cit.*, p. 239 ss., spec. pp. 273-275; nonché la recente proposta di riforma della Commissione, *Riformare l'OMC: verso un sistema commerciale multilaterale sostenibile ed efficace*, allegata alla comunicazione COM(2021) 66 final, 18.2.2021).

L'Unione ha cercato di porre rimedio alla debolezza delle regole OMC in sede bilaterale, all'interno di accordi di libero scambio (ALS). Sebbene circa due terzi degli ALS vigenti prevedano solo obblighi di trasparenza e di consultazione (OECD, *Subsidies, Competition and Trade*, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, 2022, p. 13), quelli c.d. di nuova generazione limitano espressamente l'erogazione di sovvenzioni distorsive (cfr., ad es., art. 16.1 dell'Accordo UE-Nuova Zelanda; in generale sull'accordo, si veda: G. D'AGNONE, *Sviluppo sostenibile: una condizionalità ambientale... soft? Alcune brevi osservazioni sull'accordo commerciale negoziato tra l'Unione europea e la Nuova Zelanda*, in *BlogDUE*, 9 settembre 2022). Anche in questo caso, l'*enforcement* dipende dall'efficacia dei meccanismi di risoluzione delle controversie previsti da ciascun ALS. Si ricorda, infine, che l'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (SEE) e gli Accordi di stabilizzazione e associazione, conclusi con i Paesi candidati all'adesione, istituiscono un regime di controllo sugli aiuti di Stato (cfr. Annex XIV SEE,

nonché, ad es., art. 262 ss. dell'Accordo di Associazione UE-Ucraina). Un approccio analogo è stato adottato anche in relazione all'EU-UK Trade and Cooperation Agreement (TCA, art. 364); il Regno Unito, peraltro, dispone ora di una propria legislazione interna in materia, in vigore dal 4 gennaio 2023 (UK Subsidy Control Act 2022).

Sotto il profilo del diritto internazionale, quindi, il FSR si colloca tra le iniziative unilaterali, sullo stesso piano del regolamento anti-sovvenzioni (reg. (UE) n. 1037/2016) e delle altre discipline settoriali. Prima di esaminare i rapporti tra questi atti e il FSR, tuttavia, è opportuno ricostruire sinteticamente i tratti essenziali del regolamento in commento, a partire dal suo ambito di applicazione.

3. *Ambito di applicazione e tratti essenziali del reg. (UE) n. 2560/2022*

La dimensione “esterna” del FSR comporta, innanzitutto, l'esigenza di definirne l'ambito di applicazione *ratione loci*. Al riguardo, risulta soggetta al FSR ogni impresa che “eserciti un'attività economica nel mercato interno” (art. 1 FSR); l'acquisizione del controllo o la fusione con un'impresa stabilita nell'Unione, così come la partecipazione ad una procedura di appalto pubblico nell'UE rientrano espressamente nella nozione di cui sopra. Il punto è particolarmente delicato data l'esigenza di escludere l'applicazione extraterritoriale della disciplina (cfr. P. IBÁÑEZ COLOMO, D. NEVEN, *The Extraterritorial Dimension of EU State Aid Control*, in P. WERNER, V. VEROUDEN (eds.), *EU State Aid Control: Law and Economics*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn, 2023, forthcoming, available at SSRN).

In virtù dell'approccio “orizzontale”, il FSR si applica *ratione materiae* a qualunque impresa, indipendentemente dal settore economico (art. 1.1 e cons. 8 FSR). Sono fatti salvi, tuttavia, i regimi *ad hoc* già vigenti (cfr. art. 44 FSR, nonché *infra*). Ulteriori precisazioni sono previste in materia di procedure di appalto pubblico (cfr. artt. 2 e 28 FSR).

In termini di nozioni-chiave, è possibile riscontrare somiglianze con la disciplina degli aiuti, quantunque il legislatore dell'Unione abbia tenuto conto anche del ASCM e dei regolamenti settoriali, come esemplificato dalla definizione di sovvenzione estera. Per “sovvenzione estera” si intende quel contributo finanziario erogato, direttamente o indirettamente, da un Paese terzo (art. 3.3 FSR) che conferisce un *vantaggio* “a un'impresa che esercita un'attività economica nel mercato interno [...] limitato, in linea di diritto e di fatto, a una o più imprese o a uno o più settori” (ossia *selettivo*, art. 3.1

FSR; cfr. art. 3 reg. (UE) n. 1037/2016 e art. 2, n. 9 reg. (UE) n. 712/2019, nonché art. 1.1 ASCM richiamato sopra). Il contributo finanziario può essere ricondotto a un elenco non esaustivo di operazioni che, nella sostanza, rispecchiano la casistica in materia di aiuti (trasferimenti di capitali, esenzioni fiscali, ecc.: art. 3.2 FSR). In ciò, si riscontra una differenza con l'ASCM, che prevede invece un elenco chiuso di fattispecie (art. 1(a)(1) ASCM).

Qualora la sovvenzione migliori, anche solo potenzialmente, la posizione concorrenziale dell'impresa beneficiaria nel mercato interno, essa è qualificata come distorsiva (art. 4.1 FSR). La valutazione tiene conto di determinati fattori (importo, natura e finalità della sovvenzione, collocazione sul mercato dell'impresa, art. 4.1 FSR) e prevede il bilanciamento tra effetti negativi e positivi sul mercato interno, in particolare per quanto concerne la rispondenza alle politiche dell'Unione (art. 6 FSR). Sotto questo profilo, emerge una differenza significativa con la disciplina degli aiuti, per la quale la valutazione della corrispondenza all'interesse comune è richiesta solo in determinate fattispecie (quale, ad es., l'art. 107.3.b TFUE, cfr. sentenza della Corte del 22 settembre 2020, causa C-594/18, *Austria c. Commissione (Hinkley Point C)*, punto 20).

Altro elemento innovativo consiste nell'individuazione di determinate categorie di sovvenzioni ritenute a maggior rischio di provocare una distorsione (ad es., una garanzia illimitata per i debiti, art. 5.1 FSR). In tal caso, è richiesto all'impresa beneficiaria di provare la natura in concreto non distorsiva della misura (art. 5.2 FSR). In un'ottica di semplificazione, l'effetto distorsivo è ritenuto improbabile o è escluso per sovvenzioni di minor entità (cfr., sul punto un regime *de minimis* che richiama espressamente il reg. (UE) n. 1407/2013: art. 4, parr. 2-3 FSR) ovvero per quelle finalizzate a compensare danni derivanti da eventi eccezionali (art. 4.4 FSR). Circa quest'ultimo aspetto, è evidente il richiamo all'art. 107.2.b TFUE e alla prassi consolidatasi in occasione della pandemia (sul punto, sia consentito il rinvio a M. BARBANO, *La giurisprudenza del Tribunale dell'Unione sugli aiuti di Stato ai vettori aerei durante la pandemia: necessità emergenziali e rischio di frammentazione del mercato*, ne *Il Diritto Marittimo*, n. 1, 2023, pp. 114-134). Spicca, comunque, l'assenza di un meccanismo di esenzione per categoria sul modello del reg. (UE) n. 651/2014 (*General Block Exemption Regulation – GBER*, emendato, da ultimo, il 4 maggio 2023), capace indubbiamente di ridurre gli oneri amministrativi per le imprese interessate.

A fronte della notizia di una presunta sovvenzione distorsiva, la Commissione procede d'ufficio ad un'istruttoria in due fasi (esame preliminare

ed indagine approfondita), in cui è anche ammessa l'adozione di misure provvisorie (artt. 9-12 FSR). A tale *enforcement ex post* si affiancano le ipotesi di controllo *ex ante* a cui si è accennato in precedenza, qualora le sovvenzioni incidano su operazioni di concentrazione ovvero su procedure di appalto pubblico (Capi 3 e 4 del FSR). Nel primo caso, il controllo si affianca a quello già previsto dal reg. (UE) n. 134/2004, sebbene soglie e parametri di valutazione siano differenti (in dettaglio, v. F. FERRARO, *op.cit.*, p. 79 ss.). Nella seconda ipotesi, invece, si tratta di un elemento che si innesta su una procedura avente *ratio* ed obiettivi non necessariamente coincidenti (si pensi, ad esempio, alla certezza dei tempi di aggiudicazione). Questo aspetto evidenzia l'esigenza di coordinamento tra atti normativi, che occorre ora approfondire.

4. *Rapporti tra FSR e "altri strumenti normativi": diritto internazionale*

L'art. 44 FSR, unica disposizione del Capo 6 ("relazione con gli altri strumenti"), affronta sia il rapporto con il diritto internazionale del commercio sia quello con il diritto dell'Unione.

Circa il primo profilo, sono fatti salvi gli obblighi dell'Unione derivanti da accordi internazionali (art. 44.9 FSR, nonché cons. 69). In relazione alla disciplina OMC, il FSR precisa che "non viene intrapresa alcuna azione a norma del presente regolamento che costituisca un provvedimento specifico contro una sovvenzione ai sensi dell'articolo 32, paragrafo 1 [ASCM] concessa da un paese terzo che è membro dell'Organizzazione mondiale del commercio" (art. 44.9 FSR). Sul punto è opportuno un chiarimento.

Prima facie tale disposizione sembra escludere *tout court* l'applicazione del FSR nei confronti dei Paesi membri dell'OMC, tra i quali figurano Stati particolarmente attivi in tema di sovvenzioni (es., la Cina). Tuttavia, la disciplina OMC copre solo le sovvenzioni che i) indicano sull'esportazione di beni e che ii) siano concesse da uno Stato membro ad imprese collocate nel proprio territorio (art. 2.1-2 ASMC; V. IMF et al., *op. cit.*, p. 32 ss.). Pertanto, i vincoli assunti dall'UE in sede OMC non paiono costituire un ostacolo sufficiente all'applicazione del FSR alle sovvenzioni concesse da Paesi OMC a imprese UE (in tal senso, V. anche A. ROSANÒ, *op. cit.*).

Le sovvenzioni alle esportazioni di beni restano soggette, invece, al sistema OMC e, nel caso, possono fondare l'adozione di misure compensative da parte della Commissione ai sensi del regolamento anti-sovvenzioni (reg. (UE) n. 1037/2016, che l'art. 44.2 FSR lascia impregiudicato). Secondo la

Commissione, tuttavia, contributi finanziari rientranti nel campo di applicazione del ASCM possono rilevare ai fini degli obblighi di notifica in materia di concentrazioni e di appalti (V. Q&A della Commissione del 6 giugno 2023, punto 6).

La prassi della Commissione in materia di misure compensative di sovvenzioni alle esportazioni è piuttosto ampia (19 misure attive nel 2021), seppur con impatto talvolta limitato (è questo il caso, ad es., del settore dei pannelli solari: Corte dei conti europea, *Strumenti di difesa commerciale*, Relazione speciale n. 17, 2020, p. 39; in generale, Commissione, *Relazione annuale sulle attività antidumping, anti-sovvenzioni e di salvaguardia dell'UE e sull'utilizzo degli strumenti di difesa commerciale da parte di paesi terzi nei confronti dell'UE nel 2021*, COM(2022) 470 final, 19 settembre 2022).

Le sovvenzioni inerenti alla prestazione di servizi, per le quali i GATS non prevede un regime *ad hoc*, rientrano invece nel campo di applicazione del FSR. Una valutazione analoga può essere espressa per i sussidi finalizzati alla creazione di proprietà intellettuale, ambito estraneo al GATT.

Qualora tra Unione e Paese terzo interessato sia vigente un accordo bilaterale, sembra prevalere quest'ultimo quale *lex specialis* e in virtù della clausola di salvezza contenuta all'art. 44.9 FSR. Tuttavia, qualora il suddetto accordo preveda un meccanismo di consultazione, il ricorso a tale strumento non dovrebbe pregiudicare il potere della Commissione di "avviare o proseguire esami" a norma del FSR (cons. 60 FSR). Il riferimento dovrebbe intendersi limitato agli ALS che prevedono solo un obbligo di consultazione e non impegni più dettagliati, anche se sul punto sarebbe stata opportuna maggiore chiarezza. Nel corso del procedimento legislativo, peraltro, si era proposto di inserire un emendamento secondo cui, in sede di valutazione della sovvenzione, la Commissione avrebbe dovuto verificare se il Paese terzo disponesse di un sistema di controllo sugli aiuti "equivalente" a quello dell'Unione, onde evitare sovrapposizioni (Parlamento europeo, Relazione sulla proposta di regolamento relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, A9-0135/2022, 28 aprile 2022, p. 25 e 54). Una simile previsione avrebbe conferito maggiore certezza giuridica nelle relazioni con i *partner* dell'Unione che, in virtù di impegni bilaterali, si sono dotati di simili strumenti (V. *supra*, par. 3). Infine, in relazione ai rapporti con Paesi SEE, la Commissione ha precisato che le sovvenzioni concesse da tali Paesi possono rilevare ai fini delle soglie di notifica in sede di concentrazione, rinviando al futuro regolamento di esecuzione per ulteriori dettagli (Commissione, Q&A, cit., punto 7).

5. Segue: *diritto dell'Unione*

Per quanto concerne il diritto dell'Unione, occorre tener conto, innanzitutto, degli strumenti che, pur incidendo sullo stesso ambito materiale del FSR, perseguono obiettivi differenti. Rientrano in tale categoria il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti (reg. (UE) n. 452/2019) e lo strumento dell'Unione sugli appalti internazionali (reg. (UE) n. 1031/2022), la cui applicazione è fatta salva dal FSR (art. 44.3-4 FSR).

Il Reg. 452, cit. istituisce norme comuni in base alle quali gli Stati membri possono controllare gli investimenti di Paesi terzi in settori chiave della propria economia: l'obiettivo, quindi, è la tutela della sicurezza nazionale (cfr. G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 1, 2019, pp. 2-20). In concreto, tuttavia, non possono escludersi sovrapposizioni con l'FSR in sede applicativa qualora l'acquirente dell'impresa di interesse strategico sia una società controllata da un Paese terzo o comunque sovvenzionata da quest'ultimo. Poiché, a differenza del FSR, l'*enforcement* del Reg. 452, cit. ricade in larga misura sugli Stati membri, potrebbero comunque profilarsi problematiche nell'allocazione delle rispettive competenze, e sarebbe quindi opportuno venissero sviluppate forme di coordinamento.

Lo strumento sugli appalti internazionali, invece, si propone di favorire l'accesso delle imprese UE alle gare di appalto extra-UE, precludendo alle imprese di Paesi terzi che non ammettono condizioni di reciprocità di accedere, a loro volta, alle gare UE. Seppure l'ambito di applicazione materiale del Reg. 1031, cit. appaia più circoscritto di quello del FSR (cfr. la nozione di origine dell'operatore economico di cui all'art. 3 Reg. 1031, cit.), potrebbero profilarsi sovrapposizioni tra penalizzazione dell'impresa nella procedura per assenza di reciprocità nel Paese terzo, da una parte, e sanzioni ai sensi dell'FSR per sovvenzioni percepite dallo Stato, dall'altra.

In relazione ad un'altra disciplina "orizzontale", quella della concorrenza, l'FSR lascia impregiudicate le regole generali in materia di aiuti di Stato (art. 106-108 TFUE), *antitrust* (artt. 101-102 TFUE e reg. (UE) n. 1/2003) e controllo sulle concentrazioni (reg. (UE) n. 139/2004). In quest'ultimo ambito, alcune indicazioni di *enforcement* giungono dal caso CRRC/Vossloh, in cui l'autorità nazionale della concorrenza tedesca, nell'autorizzare l'acquisizione di un'impresa UE attiva nella produzione di locomotive (Vossloh) da parte di una società controllata dallo Stato cinese (CRRC), ha analizzato i vantaggi competitivi derivanti dai sussidi

(Bundeskartellamt, *CRRC/Vossloh*, case B4-115-19, 27 aprile 2020). Sep-pure questo precedente possa far ritenere superflua della disciplina del FSR sul punto (cfr. L. HORNKOHL, *Do we really need the EU Foreign Subsidy Regulation?*, in *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 2, n. 1, 2023, p. 35), è oppor-tuno osservare come nella prassi dell'Unione tale accertamento sia risultato in concreto inefficace. È questo il caso dell'operazione CNRC/Pirelli in cui le valutazioni della Commissione in sede di autorizzazione (nella specie, l'ac-quisizione di Pirelli da parte di CNRC, controllata dall'impresa di Stato ChemChina), sono state poi smentite dalle risultanze di una successiva inda-gine ai sensi del regolamento anti-sovvenzioni (V. Commissione, *CNRC/Pi-relli*, COMP/M.7643, 1° luglio 2015; reg. di esec. (UE) n. 1690/2018).

6. *In dettaglio: regimi settoriali in materia di trasporti*

L'FSR, come si è accennato, non costituisce il primo esempio assoluto di legislazione dell'Unione in materia di sovvenzioni distorsive. Nei settori della cantieristica navale, del trasporto marittimo e di quello aereo sussistono già strumenti specifici dei quali occorre tener conto per le possibili sovrapposizioni con l'FSR (cfr. cons. 71 FSR).

Il FSR, innanzitutto, prevale sul regime anti-sovvenzioni in materia di co-struzioni navali (reg. (UE) n. 1035/2016; art. 44.5 FSR). Il settore non può essere efficacemente regolato mediante i tradizionali strumenti di difesa commerciale: il commercio di navi sfugge alla qualifica di importazione e gli effetti distorsivi si producono già alla conclusione dei contratti di costruzione, che generalmente avviene anche anni prima della produzione della nave stessa. Il reg. 1035, cit., risulta, tuttavia, una disciplina "virtuale", in quanto la sua applicazione in con-creto è condizionata all'entrata in vigore dell'Accordo sulla costruzione navale dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico del 1994 (OCSE; V. art. 18 reg. 1035, cit.). In assenza della ratifica del suddetto accordo da parte di tutti i Paesi firmatari, questo assetto è destinato a permanere nel tempo (cfr. OECD, *Summary of previous shipbuilding negotiations and recent changes in the shipbuilding industry*, C/WP6(2017)18, p. 4). La soluzione adot-tata dal legislatore dell'Unione accoglie solo parzialmente le istanze avanzate dall'industria in sede di consultazioni, favorevole all'introduzione di una nuova disciplina settoriale, capace di consentire iniziative unilaterali della Commis-sione nonostante l'empasse in sede OCSE (SEA Europe, *Detailed Comments on the "White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies"*, 14 September 2020, p. 10).

Per quanto concerne, invece, il trasporto marittimo, il FSR prevale sulla disciplina di contrasto alle pratiche tariffarie sleali degli armatori non-UE (reg. (CEE) n. 4057/86; art. 44.6 FSR). In sede di proposta, la Commissione ha giustificato tale scelta in virtù del fatto che il reg. 4057/86 interessa le politiche di prezzo in senso ampio e non solo quelle rese possibili da sovvenzioni estere (Commission, *Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market*, 5 May 2021, SWD(2021) 99 final, p. 33). Ciononostante, poiché il reg. 4057/86 è stato applicato in una sola occasione in 35 anni di vigenza (caso Hyundai, reg. (CEE) n. 15/89), sorge spontaneo chiedersi quale sia, in concreto, il margine di applicazione residuo e se fosse più opportuno disporre direttamente l'abrogazione.

Nel settore del trasporto aereo, invece, il reg. (UE) n. 712/2019 consente alla Commissione di sanzionare le pratiche distorsive pregiudizievoli dei vettori aerei dell'Unione (artt. 1.1. e 5.2; in dettaglio, A. LYKOTRAFITI, *What Does Europe Do About Fair Competition in International Air Transport? A Critique of Recent Actions*, in *Common Market Law Review*, 2020, pp. 831–860). Ad oggi, tale regolamento non risulta essere mai stato applicato.

Dal momento che la pratica distorsiva deve essere posta in essere “da un Paese terzo o un soggetto di un Paese terzo” (art. 2, nn. 5) e 6) reg. 712, cit.), l'ambito di applicazione del reg. 712, cit. non comprende l'acquisto di partecipazioni di vettori UE da parte di compagnie concorrenti non-UE. Questo fenomeno, in particolare, trova attestazione nelle strategie commerciali poste in essere dai vettori del Golfo (si pensi agli investimenti di Qatar Airways in IAG e Air Italy, nonché di Etihad in Airberlin e Alitalia; in generale sui sussidi erogati da Paesi del Golfo, S. TRUXAL, *Economic and Environmental Regulation of International Aviation*, Abingdon, 2017, p. 108 ss.). In ogni caso, però, tali investimenti non possono comportare l'assunzione della proprietà o del controllo del vettore UE (art. 4.f reg. (UE) 1008/2008; in dettaglio, Commissione, Orientamenti interpretativi relativi al regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio - Regole in materia di proprietà e controllo dei vettori aerei dell'UE, 2017/C 191/01).

Nel definire il proprio ambito di applicazione, l'FSR lascia impregiudicata la disciplina *ad hoc* del reg. (UE) n. 712/2019 (art. 44.7 FSR). L'esistenza di tale *lex specialis*, però, non esclude che l'FSR possa trovare un'ampia applicazione nel settore. Il vuoto normativo in materia di investimenti esteri di minoranza in vettori UE sembra possa essere colmato dal FSR, così come le fattispecie relative a sovvenzioni dirette ad altri operatori del settore, quali,

ad esempio, i fornitori di servizi aeroportuali a terra (Commission, *Impact Assessment*, cit., p. 33). L'art. 44.7 FSR, tuttavia, si limita a precisare che le concentrazioni e le procedure di appalto pubblico che coinvolgono vettori aerei sono soggette al FSR, senza fornire espresse indicazioni circa l'applicabilità al settore del meccanismo di controllo sulle sovvenzioni di cui al Capo 2 FSR.

Per quanto concerne, invece, gli accordi internazionali che regolano espressamente le sovvenzioni concesse in tale settore (V., ad es., l'art. 8 dell'Accordo UE-ASEAN; art. 14 e Allegato III dell'Accordo relativo all'istituzione di uno Spazio aereo comune europeo), sembra si debba fare ancora una volta riferimento alla clausola di salvezza di cui all'art. 44.9 FSR.

Alla luce di quanto sopra, è possibile trarre alcune prime osservazioni di sintesi.

7. Conclusioni di sintesi

Il FSR si inserisce in un quadro complesso, caratterizzato non tanto da vuoti normativi quanto piuttosto da regole di scarsa applicazione, sia a livello internazionale che dell'Unione (con la sola eccezione dei regimi anti-sovvenzione). Ciò non stupisce se si considera che la funzione degli strumenti di difesa commerciale è, prima di tutto, "deterrente" e che il ricorso a misure compensative può avere ricadute indesiderate in altri settori delle relazioni commerciali con un Paese terzo.

Lo scenario geopolitico attuale, come si è avuto modo di accennare, induce a ipotizzare un maggiore attivismo della Commissione. Le potenzialità di applicazione sono notevoli sia in termini di settori industriali che di Paesi terzi interessati: si pensi non solo alla Cina, ma anche alle politiche statunitensi nell'ambito dell'*Inflation Reduction Act*, in relazione ai quali si sono già poste esigenze di coordinamento (cfr. L. GAM, A. PAPAETHYMIU, *The EU Foreign Subsidies Regulation: Green Subsidies Treading the Line Between the FSR, State Aid, And WTO Law*, in *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 2, n. 1, 2023, p. 37 ss.; in relazione alla Cina, si veda: L. SCHIANO DI PEPE, *Rotte marittime, infrastrutture di trasporto e rapporti di investimento tra Unione europea e Cina*, in AA.VV., *Liber Amicorum Sergio Marchisio*, vol. I, Napoli, 2022, pp. 639-654).

Infine, si segnalano anche criticità trasversali come quelle legate all'accesso ai finanziamenti europei da parte di imprese non-UE accusate di percepire sovvenzioni (cfr. Commissione, Libro bianco, cit., p. 39 ss.), come

esemplificato di recente dal caso del ponte croato Peljesac. Poiché Horizon Europe (HE) consente a soggetti non-UE, in determinate circostanze, di accedere ai propri fondi, potrebbero porsi sul punto specifiche esigenze di *enforcement* del FSR (in dettaglio su HE, si rinvia a B. SCOTT, *Horizon Europe: The Next Multiannual Framework Programme*, in *BlogDUE*, 6 febbraio 2023, p. 5). Meritevole di approfondimento risulta anche il piano di investimenti internazionali del *Global Gateway* - risposta europea alla *Belt and Road Initiative* cinese - a causa degli elementi di transnazionalità ad esso connessi (i.e., erogazione di fondi europei per la realizzazione di infrastrutture al di fuori dell'Unione).

Nel complesso, l'esatta individuazione degli ambiti di applicazione del FSR appare non sempre agevole, con inevitabili ricadute sulle imprese in termini di oneri amministrativi, già particolarmente rilevanti in materia di operazioni di concentrazione e partecipazione a gare di appalto pubblico. Al riguardo, per ragioni di certezza giuridica pare opportuno un intervento della Commissione tramite l'adozione di orientamenti applicativi.

ERRARE HUMANUM EST, PERSEVERARE AUTEM DIABOLICUM:
L'UNGHERIA CONTINUA A VIOLARE IL DIRITTO
DELL'UNIONE EUROPEA

Rossella Benassai*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'oggetto del ricorso. – 3. Le giustificazioni addotte dall'Ungheria. – 4. La pronuncia della Corte di giustizia. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Con la sentenza del 22 giugno 2023, causa C-823/21, *Commissione/Ungheria* (Déclaration d'intention préalable à une demande d'asile), la Corte di giustizia è stata nuovamente chiamata ad esprimersi in merito ad una procedura d'infrazione aperta dalla Commissione contro lo Stato ungherese, per violazione delle norme dell'Unione in materia di migrazione e asilo. Ciò perché l'Ungheria non ha dato alcun seguito alle esortazioni del giudice di Lussemburgo che si era già espresso nei suoi confronti in situazioni simili e l'aveva già condannata a porre fine alle violazioni (v. le sentenze del 17 dicembre 2020, causa C-808/18, *Commissione/Ungheria* (Accueil des demandeurs de protection internationale) e del 16 novembre 2021, causa C-821/19, *Commissione/Ungheria* (Incrimination de l'aide aux demandeurs d'asile); nonché del 19 marzo 2020, causa C-564/18, *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal – Tompa*, e del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS* – all'esito di due rinvii pregiudiziali).

Infatti, in tema di accoglienza dei richiedenti la protezione internazionale, nel 2020, la Corte aveva statuito che l'Ungheria aveva violato il diritto dell'Unione europea in merito alle procedure di riconoscimento della protezione internazionale e di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Segnatamente, aveva stabilito che la limitazione del diritto di accesso alla procedura internazionale determinasse un contrasto con il diritto dell'Unione (causa C-808/18). Nella stessa causa, la medesima constatazione era stata fatta con riguardo alla riconduzione in una zona frontiera

* Dott.ssa in Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II/Tirocinante presso l'AGCOM) – 12 luglio 2023.

dei soggiornanti irregolari per violazione delle garanzie concernenti la procedura di rimpatrio. E, l'anno successivo, aveva ritenuto il comportamento dell'Ungheria contrario al diritto dell'Unione per aver introdotto sanzioni penali ai danni di persone non aventi diritto all'asilo secondo i criteri nazionali (causa C-821/19).

L'Ungheria, però, ha continuato (e continua) ad essere sorda ai moniti... anche a quelli più severi! Non solo. Essa ha pure avanzato motivazioni per il suo comportamento difficili da qualificare come valide giustificazioni. Anzi, è sembrato piuttosto che il governo ungherese si arrampicasse sugli specchi. Cosicché, la Corte ha dovuto ribadire il proprio orientamento, dichiarando che lo Stato ungherese è venuto meno agli obblighi contenuti nell'articolo 6 della direttiva 2013/32 UE (sul quadro normativo dei diritti degli stranieri beneficiari della protezione internazionale, si veda S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 83 ss.).

2. *L'oggetto del ricorso*

Prima di passare all'esame della pronuncia, occorre ricordare che la controversia trae origine dalla legislazione ungherese (l. n. LVIII del 2020 - sulle norme provvisorie connesse alla revoca dello Stato di emergenza e sulla situazione di allerta epidemiologica), introdotta a seguito della pandemia da Covid-19. Al fine di garantire a cittadini di Paesi terzi o apolidi, che si trovino nel territorio dell'Ungheria o alle frontiere di tale Stato membro, la possibilità di presentare una domanda di protezione internazionale, la normativa nazionale impone agli stessi di presentare personalmente una dichiarazione d'intenti presso una rappresentanza diplomatica ungherese di uno Paese terzo. E, soltanto a seguito di una risposta favorevole e all'emissione di un permesso di ingresso per i richiedenti, consente di accedere alla procedura di protezione internazionale.

Più precisamente l'art. 268 della legge ungherese impone all'autorità competente di esaminare la dichiarazione d'intenti ed eventualmente di sottoporre ad audizione a distanza il soggetto richiedente e, in caso di esito positivo, di rilasciare (entro 60 giorni) un documento di viaggio. Se, a seguito dell'accertamento della dichiarazione d'intenti, l'autorità non concede tale documento, dovrà comunicare tempestivamente il rifiuto al richiedente tramite l'ambasciata.

Gli articoli 269 e 270 stabiliscono poi che, nei casi in cui lo straniero

non disponga di un permesso di soggiorno, gli verrà rilasciato un documento di viaggio dall'ambasciata ungherese con validità di 30 giorni. Tramite tale documento la polizia di frontiera potrà presentare la domanda di protezione internazionale nel termine massimo di 24 ore e verrà fornita assistenza per l'alloggio dello straniero. L'art. 271 contempla invece una serie di eccezioni che escludono, in taluni casi, la previa dichiarazione d'intenti ai fini della presentazione della domanda d'asilo.

La legge ungherese – secondo la Commissione prima e la Corte dopo – risulta violare l'art. 6 della direttiva 2013/32/UE, interpretato alla luce dell'articolo 18 della Carta (per ulteriori approfondimenti v. P. DE PASQUALE, *Diritto di asilo*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 355 ss.). Tale disposizione, come noto, richiede la registrazione della domanda di protezione internazionale entro tre giorni lavorativi e, nell'ipotesi in cui essa venga presentata ad autorità differenti, gli Stati membri devono provvedere entro sei giorni lavorativi.

In sostanza, la direttiva mira a garantire l'effettività della procedura, legandola strettamente alla sua celerità.

In tale prospettiva, nel ricorso la Commissione ha sostenuto “che la direttiva 2013/32, che stabilisce le norme procedurali necessarie per dare attuazione al diritto di asilo, riconosciuto all'articolo 18 della Carta, impone agli Stati membri di garantire a tutte le persone che si trovino nel territorio di uno Stato membro, incluso alle frontiere di quest'ultimo, il diritto di presentare una domanda di protezione internazionale Salvo compromettere l'effetto utile dell'articolo 6 della direttiva 2013/32, uno Stato membro non può, peraltro, ritardare, in modo ingiustificato, il momento in cui la persona interessata è messa in condizione di presentare la sua domanda di protezione internazionale” (sentenza *Commissione/Ungheria* (Déclaration d'intention préalable à une demande d'asile), punto 21).

3. *Le giustificazioni addotte dall'Ungheria*

A seguito della proposizione del ricorso per infrazione da parte della Commissione, lo Stato ungherese ha giustificato le proprie scelte sulla base di diverse argomentazioni che si riferiscono, in primo luogo, alla tutela della salute nel contesto della situazione epidemiologica da Covid-19 (sul punto, più ampiamente, P. DE PASQUALE, G. FIENGO, *Brevi note sulla gestione*

dell'emergenza sanitaria nell'Unione europea, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, vol. XXX, nn. 1-2, 2020, p. 50 ss.). Esso ha sostenuto, difatti, che la limitazione della libertà di circolazione degli stranieri prevista dalla legge fosse necessaria a contenere la diffusione del contagio sul territorio ungherese, ma altresì negli altri Stati membri.

Oltretutto, cercando di capovolgere i termini della situazione, l'Ungheria ha affermato che la Commissione non avrebbe tenuto in giusto conto l'aggravarsi della situazione epidemiologica e non avrebbe adeguatamente tutelato i cittadini dell'UE, limitando gli spostamenti e il transito negli Stati. Peraltro, dando una lettura abbastanza singolare e, soprattutto, diversa da quella prevalente di disposizioni internazionali, ha sottolineato che ciascuno Stato membro dispone del potere di autorizzare e negare l'ingresso nel suo territorio, poiché non esiste una norma internazionale che obbliga gli stranieri residenti su territorio di altro Stato ad essere automaticamente ammessi (sentenza *Commissione/Ungheria* (Déclaration d'intention préalable à une demande d'asile), punto 31).

A sostegno delle proprie ragioni, essa ha altresì utilizzato l'argomentazione secondo cui la propria legge costituirebbe un'attuazione per garantire la sovranità territoriale e l'autodeterminazione. Infine, elevando a rango costituzionale alcune norme della Convenzione sullo status dei rifugiati di Ginevra (1951) e le successive modifiche, ha sostenuto che la procedura richiesta non determinasse un allontanamento dei richiedenti dal territorio, poiché la dichiarazione d'intenti avrebbe potuto essere depositata all'ambasciata ungherese della Serbia (Paese candidato all'adesione nell'Unione europea) in ragione della sua posizione di Paese aderente e di parte contraente della citata Convenzione di Ginevra, lo Stato serbo è sottoposto invero al rispetto di tali disposizioni e deve mettere in pratica il principio del "*non refoulement*" (art. 33; su tale principio si veda anche sul punto P. DE PASQUALE, *La politica di immigrazione e di asilo*, in G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, vol. II, Napoli, 2021, p. 185 ss.).

Inoltre, si determinerebbe un'applicazione *par ricochet* delle norme della CEDU, nel caso specifico dell'articolo 4 del Protocollo Addizionale n. 4, in cui viene previsto che le espulsioni collettive di stranieri sono vietate.

Tra le ulteriori cause di giustificazione invocate emergono quelle relative all'ordine pubblico e alla pubblica sicurezza. Più precisamente, lo Stato ungherese si è appellato alla deroga indicata dall'art. 72 TFUE, ai sensi del quale le disposizioni del Titolo V della Parte terza del TFUE non pregiudicano l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.

Sulla base di tale disposizione gli Stati avrebbero ampia discrezionalità, lasciando sostanzialmente campo libero all'Ungheria in merito alla scelta di modalità e strumenti organizzativi per la ripartizione dei soggetti terzi o apolidi all'interno del suo territorio.

4. *La pronuncia della Corte di giustizia*

La Corte di giustizia, non ritenendo le motivazioni addotte dall'Ungheria sufficienti, ha confermato che l'art. 6 della direttiva 2013/32 mira ad un accesso effettivo, facile e rapido alla procedura per la concessione della protezione internazionale e, pertanto, nessuno Stato membro può posticipare e ritardare, senza giustificazioni, il termine entro cui il cittadino apolide o di Stato terzo può presentare la relativa domanda (sentenza *Commissione/Ungheria* (Déclaration d'intention préalable à une demande d'asile), punto 47).

In altri termini, il giudice di Lussemburgo ha rimarcato che la presentazione della domanda di protezione internazionale non può essere subordinata ad alcun tipo di formalità amministrativa, neppure nel caso in cui lo straniero sia irregolare sul territorio dello Stato membro e la sua richiesta dovesse avere scarse probabilità di accoglimento. Più precisamente, ha ritenuto che l'obbligo di deposito di un'istanza personale presso le ambasciate serbe e ucraine, come previsto dalla normativa ungherese, rappresentasse un aggravio di detta procedura, minandone senza alcun dubbio l'accesso effettivo, facile e rapido. Invero, ad eccezione delle deroghe previste dall'art. 271 paragrafo 1, i richiedenti sarebbero privati del loro diritto a presentare istanza di asilo presso lo Stato membro e si configurerebbe una violazione dell'art. 18 CDFUE.

A ciò si aggiunga che per i richiedenti irregolari sottoposti a regimi carcerari vi sarebbe un *vulnus* di tutela, in quanto, non essendo dispensati, essi sarebbero materialmente impossibilitati a recarsi presso le ambasciate ungheresi all'estero per depositare la dichiarazione d'intenti.

Soffermendosi poi sulle giustificazioni dell'Ungheria relative al contenimento del Covid-19, la Corte le ha giudicate non conformi al contenuto dell'art. 6 della direttiva 2013/32 e, soprattutto, non proporzionate all'emergenza pandemica. Essa ha cioè chiarito che, quantunque il predetto articolo non osti al fatto che, in via eccezionale, gli Stati membri subordinano a condizioni particolari le richieste di protezione internazionale, gli strumenti e le modalità scelte devono essere proporzionali e idonee all'obiettivo che essi

intendano perseguire (sentenza *Commissione/Ungheria* (Déclaration d'intention préalable à une demande d'asile), punto 57).

In particolare, la Corte ha osservato che i cittadini ungheresi ed i richiedenti costretti a spostarsi da uno Stato ad un altro per la presentazione delle domande sarebbero stati esposti ad un ulteriore rischio di contagio, considerato che non erano state previste, dallo Stato ungherese, misure aggiuntive destinate al contenimento dell'epidemia. L'Ungheria avrebbe dovuto, di converso, rispettare adeguatamente il contenuto dell'art. 13 della direttiva 2013/33, ai sensi del quale gli Stati hanno la facoltà di disporre esami medici per ragioni di sicurezza pubblica o di sottoporre i richiedenti a distanziamento ed isolamento, purché tali misure perseguano l'obiettivo in modo pertinente e non discriminatorio e vengano quindi garantiti i diritti di cui agli artt. 17 e 19 del medesimo atto.

Nelle sue argomentazioni, la Corte ha pure ricordato che la domanda di protezione internazionale può essere formulata mediante un modulo (art. 6, par. 4, della direttiva 2013/32) e che per evidenti rischi di salute il richiedente può essere sottoposto ad un colloquio in forma telematica (art. 14, par. 2, della direttiva 2013/32).

Un'ultima considerazione appare necessaria in tema di proporzionalità. Come detto, l'Ungheria ha cercato di fornire un'interpretazione conforme della propria normativa al diritto dell'UE, in ordine a motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza. Nondimeno, anche questo tentativo è risultato non idoneo, giacché la Corte ha interpretato restrittivamente l'art. 72 TFUE, stabilendo che esso "non può essere interpretato nel senso che conferisce agli Stati membri il potere di derogare alle disposizioni del diritto dell'Unione mediante un mero richiamo a responsabilità che incombono sui medesimi per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna" (v. già la sentenza del 30 giugno 2022, causa C-72/22 PPU, *Valstybės sienos apsaugos tarnyba*, punto 71). Vale a dire che, sebbene gli Stati abbiano la possibilità di scegliere misure adeguate a favorire l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza, tali deroghe devono essere circoscritte. Non è quindi possibile ricavarne una riserva generale che limiti l'applicazione del diritto UE, poiché lo Stato ungherese avrebbe dovuto dimostrare la necessità di invocare la deroga, al fine di perseguire i propri obiettivi, mentre si è limitato a richiamare in modo generico i rischi di turbativa di ordine pubblico e di sicurezza interna senza dimostrare la proporzionalità dell'applicazione della norma.

5. *Considerazioni conclusive*

A ben vedere, la sentenza si inserisce a pieno titolo nella corposa giurisprudenza in materia di immigrazione, caratterizzata, come risaputo, da un fermo orientamento del giudice dell'Unione diretto ad assicurare un alto livello di tutela dei diritti dei richiedenti protezioni internazionale e, per tal via, a vietare qualsiasi legislazione nazionale che, direttamente o indirettamente, pregiudichi l'efficacia delle norme adottate dalle istituzioni europee a tal fine. Si tratta di un settore in cui l'azione dell'Unione è apparsa più complessa e difficoltosa, perché insidiata da particolarismi e nazionalismi, come dimostra anche il caso in commento. Al riguardo, non va sottovalutato che, per affermare ancora una volta la propria sovranità a discapito della primazia del diritto dell'Unione, l'Ungheria non ha mancato di strumentalizzare la pandemia e le esigenze di ordine pubblico e di buon costume (in tal senso, v. K. GALICZ, *Diritto di asilo nei contesti di emergenza: l'involuzione della normativa ungherese*, in *DPCE online*, vol. 57, n. 1, 2023, p. 139 ss.).

D'altronde, e più in generale, neppure è sfuggito che, sebbene allo scoppio della guerra tra Russia e Ucraina si fosse originariamente manifestato un atteggiamento di apertura e di accoglimento da parte dello Stato ungherese nei confronti dei migranti, quest'atmosfera è presto svanita, soprattutto a causa di una mancata collaborazione delle istituzioni e di una profonda falda del contesto economico e sociale (in proposito, v. A. DI PASCALE, *L'immigrazione "legale" nel nuovo patto sull'immigrazione e l'asilo*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, n. 2, Napoli, 2021, p. 77).

L'immigrazione, dunque, è e resta un punto debole dell'integrazione europea: è rimbalzata da un *mass media* all'altro l'eco delle difficoltà incontrate dalle numerose proposte di riforma del sistema normativo vigente in materia che si è dimostrato inefficace dinanzi alle massicce ondate di migranti degli ultimi anni. Difficoltà di non facile soluzione, dal momento che sono il manifesto di concezioni ed atteggiamenti radicalizzati e di cui il problema migratorio è soltanto un aspetto.

Invero, la fattispecie esaminata rappresenta (purtroppo) soltanto la punta dell'*iceberg* di una serie di recenti episodi che vedono protagonisti lo Stato ungherese ed altri Stati di violazioni del diritto dell'Unione e, prima ancora, dei suoi valori. Difatti, anche quando condotte come quelle riscontrate nel caso in questione non sono riconducibili in maniera espressa all'obbligo di rispettare l'art. 2 TUE, e, nello specifico, lo Stato di diritto, esse vanno senza dubbio considerate parte dell'attuale minaccia sistemica in

corso nello Stato magiaro (in questo senso, A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023, p. 172 ss.; v. anche E. TSOURDI, *Asylum in the EU: One of the Many Faces of Rule of Law Backsliding?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 17, 2021, p. 471 ss.).

Non a caso, tali circostanze hanno determinato non soltanto la proposizione di ricorsi d'infrazione da parte della Commissione europea, ma anche la minaccia del Parlamento europeo di dar avvio alla procedura di cui all'art. 7 TUE (v. risoluzione del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione, 2017/2131(INL)), sebbene, come noto, tale disposizione sia destinata a restare lettera morta (in argomento, P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, n. 8, 2020, p. 195 ss.).

DAL NUOVO SISTEMA DI ANONIMIZZAZIONE DELLE CAUSE
ALLA DIGITALIZZAZIONE DELLA GIUSTIZIA EUROPEA:
QUALE TUTELA DEI DATI PERSONALI NELLO SVOLGIMENTO
DELL'ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE
DA PARTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE?

Giulia D'Agnone*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Digitalizzazione e uso dell'intelligenza artificiale nell'attività della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 3. Digitalizzazione della giustizia europea e trattamento dei dati personali nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali. – 4. Alcune brevi osservazioni circa la tutela offerta in caso di trattamento di dati personali nell'esercizio dell'attività giurisdizionale da parte dei giudici europei.

1. *Introduzione*

Recentemente la Corte di giustizia dell'Unione europea ha scelto di anonimizzare le cause pendenti tra persone fisiche o tra persone fisiche e persone giuridiche il cui nome non sia distintivo attraverso l'assegnazione di un nome fittizio. A partire dal 1° gennaio 2023, infatti, il precedente sistema volto a rendere anonime alcune cause, che consisteva nella sostituzione dei nomi con iniziali, è stato superato dall'attribuzione di un nome fittizio mediante un generatore automatico informatizzato.

Si tratta di una misura per la salvaguardia dei dati personali che risponde all'esigenza di facilitare l'individuazione delle cause anonimizzate – oggi in larga misura, in ragione di detta difficoltà, individuate con il numero di causa –, e permetterne una più agevole citazione (v. quanto emerge dal sito stesso della Corte), mediante il ricorso all'intelligenza artificiale. Quest'ultima, infatti, suddividendo le parole in sillabe e aggregandole in maniera casuale, è in grado di generare nomi fittizi garantendone la non coincidenza con nomi reali. L'adozione di tale misura offre lo spunto per verificare se sussistano, ed eventualmente esaminare quali siano, le ulteriori attività affidate all'intelligenza artificiale o alle tecnologie digitali di ultima

* Ricercatore tipo B in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Camerino
– 13 giugno 2023.

generazione per lo svolgimento dell'attività giurisdizionale dei giudici del Kirchberg.

Inoltre, poiché, come noto, il ricorso alla digitalizzazione comporta l'acquisizione e il trattamento di numerosi dati (anche) a carattere personale, si ritiene essenziale verificare quale sia la tutela offerta dall'ordinamento europeo allorché la tecnologia sia impiegata nell'ambito dell'esercizio delle attività di giustizia europea: è infatti poco nota la disciplina in materia di protezione dei dati applicata dalla Corte stessa nell'esercizio delle sue funzioni.

In questo breve Blog si procederà dunque, innanzitutto, a una disamina degli strumenti digitali e di intelligenza artificiale dei quali si avvale la Corte di giustizia dell'Unione europea (il riferimento è all'istituzione nel suo complesso, e anche il termine "Corte" sarà utilizzato in tal senso. Ove necessario, sarà fatto specifico riferimento agli organi giurisdizionali che la compongono), per poi verificare le modalità predisposte dall'istituzione per assicurare il rispetto dei dati personali nello svolgimento dell'attività giurisdizionale. Seguiranno alcune brevi riflessioni al riguardo.

2. *Digitalizzazione e uso dell'intelligenza artificiale nell'attività della Corte di giustizia dell'Unione europea*

La digitalizzazione costituisce una condizione chiave per garantire una giustizia efficace. La pandemia legata alla diffusione del Covid-19 ha comportato la necessità per l'Unione europea di accelerare le riforme volte alla digitalizzazione della trattazione delle cause da parte delle istituzioni giudiziarie, lo scambio di informazioni e di documenti tra le parti nonché di garantire un accesso agevole alla giustizia per tutti (Cfr. relazione sullo Stato di diritto 2020 - La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea (COM(2020) 580 final)). Al tempo stesso, tuttavia, è evidente che l'accesso alla giustizia non può essere garantito esclusivamente per via elettronica, risultando altrimenti precluso a quanti non possono accedere a internet. La stessa Corte di giustizia dell'Unione europea lo ha asserito in relazione a una procedura di conciliazione extragiudiziale prevista con riguardo a controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi, evidenziando come l'esercizio di determinati diritti "potrebbe essere reso praticamente impossibile o eccessivamente difficile per taluni singoli, e segnatamente per coloro che non dispongono di un accesso a Internet, qualora si potesse accedere soltanto elettronicamente alla

procedura” (sentenza della Corte del 18 marzo 2010, cause riunite da C-317/08 a C-320/08, *Alassini e a.*, punti 58 e 60).

Ciò non ha comunque escluso che negli ultimi anni anche in seno alla stessa Corte di giustizia dell’Unione europea siano state avviate una serie di iniziative volte ad aumentare la sicurezza, la qualità e la produttività della sua attività attraverso l’uso di tecnologie emergenti come intelligenza artificiale, *big data*, *blockchain*/DLT, ed è stato inoltre istituito un *Innovation Lab* con l’obiettivo, tra gli altri, di creare una *roadmap* quinquennale con progetti e iniziative prioritarie in tal senso.

Già dal 2018, ad esempio, è possibile depositare, consultare e notificare atti processuali per via elettronica, mediante l’applicazione informatica *E-curia* comune ai due organi giudicanti che compongono la Corte (v. le condizioni di utilizzo nell’apposita pagina del sito della Corte).

In aggiunta, dal 1° aprile di quest’anno è possibile fare domanda per avvalersi dello strumento della videoconferenza per le udienze di discussione in seno al Tribunale (V. al riguardo il comunicato stampa n. 58/23 del 31 marzo 2023).

Inoltre, uno studio della Commissione sull’uso della tecnologia nel settore della giustizia del 2020 ha reso note ulteriori iniziative volte a una maggiore digitalizzazione nell’ambito dell’attività della Corte di giustizia dell’Unione europea. In particolare, quella di introdurre *eTranslation*, un servizio di traduzione automatica destinato alle amministrazioni pubbliche europee; ma anche altre, volte a dare avvio al riconoscimento automatico del parlato (*speech-to-text*) per automatizzare la trascrizione durante i procedimenti giudiziari; nonché un progetto di riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) con l’obiettivo di digitalizzare i documenti cartacei.

3. *Digitalizzazione della giustizia europea e trattamento dei dati personali nell’esercizio delle funzioni giurisdizionali*

Se dunque sono numerose le iniziative per la digitalizzazione della giustizia europea, si tratta di capire come vengano assicurati la raccolta, il trattamento di dati personali e la *privacy*, ma soprattutto se sia approntata un’efficace tutela in caso di violazioni.

Al riguardo si pone il problema, da un lato, di garantire la tutela di tali diritti anche dinanzi ai giudici europei; dall’altro lato, di assicurare l’indipendenza dell’attività di *ius dicere*.

La necessità di un bilanciamento tra queste due esigenze è stata

d'altronde colta anche dal legislatore europeo, dal momento che il regolamento (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2018 sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati esclude il trattamento dei dati personali effettuato dalla Corte di giustizia nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali dalle missioni di controllo del Garante europeo della protezione dei dati (art. 57, par. 1, lett. a)), sul presupposto che non sia "opportuno che rientri nella competenza di controllo del Garante europeo della protezione dei dati il trattamento di dati personali effettuato dalla Corte di giustizia nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali, al fine di salvaguardare l'indipendenza della Corte nell'adempimento dei suoi compiti giurisdizionali, compreso il processo decisionale". Per tali trattamenti, infatti, si sottolinea la necessità di un controllo indipendente, ad esempio attraverso un meccanismo interno (considerando 74). Ciò in maniera speculare a quanto previsto più in generale dal GDPR (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) il quale esclude la competenza delle autorità di controllo per il monitoraggio dei trattamenti effettuati dalle autorità giurisdizionali nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali (art. 55, par. 3; v. anche il considerando n. 20).

Nello svolgimento dell'attività giurisdizionale dei giudici europei, dunque, come viene assicurato il controllo sul trattamento dei dati?

Ebbene, la Corte di giustizia e il Tribunale, con due decisioni adottate nel 2019 (decisione della Corte di giustizia, del 1° ottobre 2019, e decisione del Tribunale, del 16 ottobre 2019) hanno istituito un meccanismo di controllo interno in materia di trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito delle funzioni giurisdizionali.

In base a tale disciplina è il cancelliere della Corte di giustizia o del Tribunale a pronunciarsi sulle domande delle persone fisiche relative trattamento dei dati personali, in linea di principio, entro un termine di due mesi, scaduto il quale la mancata risposta equivale a rigetto implicito della domanda. Ai sensi delle due decisioni del 2019, la decisione del cancelliere può, sempre entro il termine di due mesi, essere oggetto di un reclamo a un comitato istituito, rispettivamente, presso la Corte di giustizia e il Tribunale. Tale organo dispone di un termine di quattro mesi per pronunciarsi su un reclamo e, in maniera simile a quanto accade per il cancelliere, la mancata risposta equivale a conferma implicita della decisione oggetto del reclamo.

4. *Alcune brevi osservazioni circa la tutela offerta in caso di trattamento di dati personali nell'esercizio dell'attività giurisdizionale da parte dei giudici europei*

Nella disegnata ricerca di equilibrio – in prospettiva sempre più indifferibile, in ragione del crescente impiego di sistemi digitali anche in ambito giudiziario – tra il trattamento dei dati personali per fini di giustizia e il diritto alla protezione degli stessi, alcuni profili relativi alla tutela offerta in caso di trattamento nell'ambito della funzione giurisdizionale svolta dai giudici del Kirchberg sollecitano alcune osservazioni.

La prima è che non è del tutto evidente il confine tra le attività che rientrano nell'ambito delle funzioni giurisdizionali e quelle che non vi rientrano, essendo perciò oggetto di diversa disciplina.

La Corte ha avuto occasione di esprimersi in merito in un caso piuttosto recente riguardante una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato dei Paesi Bassi circa l'interpretazione dell'art. 55, par. 3, del GDPR. I giudici europei hanno stabilito che rientra nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali l'attività di mettere a disposizione dei giornalisti documenti di un procedimento giurisdizionale, contenenti dati personali, al fine di consentire loro di riferire in modo più completo sullo svolgimento di tale procedimento (sentenza della Corte del 24 marzo 2022, causa C-245/20, *Autoriteit Persoonsgegevens*), interpretando perciò estensivamente la nozione di “funzioni giurisdizionali”, riferendola all'insieme delle operazioni di trattamento effettuate dalle autorità giurisdizionali nell'ambito della loro attività giurisdizionale (punto 34 della sentenza).

Occorrerà tuttavia verificare se lo stesso orientamento sarà applicato in relazione all'attività della stessa Corte, così che anche l'ambito di applicazione della tutela offerta a livello europeo per i trattamenti effettuati dalla Corte di giustizia e dal Tribunale nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali sia da interpretare in maniera estensiva.

Un ulteriore profilo di rilievo riguarda l'esistenza di rimedi giurisdizionali addizionali rispetto alla tutela a carattere amministrativo approntata internamente dalla Corte di giustizia e dal Tribunale, come descritta al paragrafo precedente.

Infatti, con riferimento agli ordinamenti nazionali, la Corte ha ribadito che i rimedi amministrativi e quelli civili previsti per la tutela dei dati personali possono essere esercitati contemporaneamente e indipendentemente l'uno dall'altro (v. sentenza della Corte del 12 gennaio 2023, causa C-132/21, *Budapesti Elektromos Művek*, punto 35), ricordando che il GDPR non

prevede alcuna priorità o competenza esclusiva o regola di prevalenza per quanto riguarda la valutazione effettuata dall'autorità di controllo o da un tribunale in merito all'esistenza di una violazione dei diritti in questione. Di conseguenza, ha osservato che i rimedi amministrativi e civili previsti dal GDPR possono essere esercitati contemporaneamente e indipendentemente l'uno dall'altro, in quanto "la messa a disposizione di diversi mezzi di ricorso rafforza [...] l'obiettivo enunciato [...] di garantire a qualsiasi persona interessata che ritenga che i diritti di cui gode a norma di tale regolamento siano violati di disporre del diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo conformemente all'articolo 47 della Carta" (punto 40).

Per quanto riguarda l'istituzione giudiziaria europea, avverso una decisione adottata dal cancelliere del Tribunale o della Corte di giustizia, in qualità di titolare del trattamento dei dati personali nell'ambito delle funzioni giurisdizionali, può essere presentato un ricorso giurisdizionale. E al riguardo, il quinto paragrafo dell'art. 4 di entrambe le decisioni del 2019 prevede che un eventuale ricorso giurisdizionale pone fine alla competenza del comitato a trattare il reclamo avverso la decisione del cancelliere.

Da un lato, dunque, è assicurata la possibilità di ricorrere alla tutela giurisdizionale in aggiunta a quella di carattere amministrativo prevista dalle due decisioni del 2019; dall'altro lato, tuttavia, stante il tenore letterale delle disposizioni in questione, le due tutele parrebbero alternative tra loro piuttosto che cumulabili.

Solo il prossimo futuro, con il progressivo incremento della digitalizzazione delle attività giudiziarie a Lussemburgo e la conseguente necessità di una sempre maggiore tutela dei dati personali, potrà dimostrare se i meccanismi di tutela approntati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea si dimostreranno all'altezza delle nuove sfide.

THE WINDSOR FRAMEWORK:
A STEP FORWARD MORE STABLE EU-UK RELATIONS?

Jasmine Faudone*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Movement of goods. – 3. The Stormont Brake: a break in the storm? – 4. Conditions and procedure to trigger the Stormont Brake. – 5. Main legal issues of the Stormont Brake. – 6. Conclusions.

1. *Introduction*

On 27 February 2023, UK Prime Minister Rishi Sunak and the President of the European Commission Ursula von der Leyen reached a political agreement to overcome the deadlock surrounding the Ireland/Northern Protocol. The ‘Windsor Framework’, named after Windsor Park, where the meetings took place, is a set of joint solutions made of several documents from political declarations to legal acts to be implemented, covering the arrangements on customs, agri-food, medicines, VAT, and the application of EU Law in Northern Ireland (NI). The main document of the Windsor Framework is the EU-UK Joint Committee decision adopted on 24 March 2023, amending the Ireland/Northern Ireland Protocol. It is worth reminding that the EU-UK Joint Committee is a body established by the Art. 164 - Part VI ‘Institutional and Final Provisions’ of the Withdrawal Agreement (WA), and it is responsible of its implementation. It is composed by EU and UK representatives, and the decisions taken by mutual consent are legally binding as the WA. This short comment will first analyze the provisions regarding the movement of goods. Then it will move to the main innovation of the agreement, namely the ‘Stormont Brake’, questioning its effectiveness. Finally, it will reflect on the Windsor Framework’s effect on the long-term EU-UK relationship.

2. *Movement of goods*

Concerning the movement of goods, it is worth recalling the provisions

* Ph.D Candidate at the DCU Dublin City University Affiliated with the DCU Brexit Institute - 4 maggio 2023.

already contained in the Ireland/Northern Ireland Protocol (below NI Protocol) in articles 4-6. Art. 4 of the NI Protocol establishes that Northern Ireland is part of the customs territory of the United Kingdom, meaning that the UK can include NI in the territorial scope of any agreement it may conclude with third countries. Art. 5 NI Protocol regulates trade between NI and Great Britain (GB) and vice versa. The movement between NI and GB poses *nulla questio*, and those goods are not subject to customs duties. On the contrary, the movement from GB to NI was subject to customs duties if and when the goods were at risk of entering the European Union (EU). The NI Protocol had left this asymmetry in trade, creating *de facto* a border in the Irish Sea and leaving the burden to further define the technicalities to the Joint Committee. Finally, art. 6 establishes the protection of the UK internal market.

The Windsor Framework did not substantially alter these provisions. Instead, the approach adopted for the movement of goods is more practical and attempts to meet the needs of businesses and companies. The most significant part of the Joint Committee decision, indeed, regards the reduction of checks on goods going from Great Britain to Northern Ireland to fill the gaps left by article 5 NI Protocol and remove the border in the Irish Sea. The Windsor Framework sets up arrangements for a UK internal market system, the so-called 'green lane' for internal trade, relieving goods being sold in Northern Ireland from paperwork, checks, and duties. In simple terms, traders will declare whether goods are being sold in Northern Ireland or in the Republic of Ireland. In the first case, the goods will go through the 'green lane', with the minimum documents needed. On the contrary, goods being exported in the Republic of Ireland will go through a 'red lane', and trade moving into the EU will be subject to third-country processes and requirements. On closer inspection, this system is reminiscent of the one previously established by the Northern Ireland Protocol. The main novelty, and one capable of making trade traffic smoother, would therefore be the exchange of real-time trade data, which the parties will share to avoid smuggling in the Irish Sea. Article 6 (2) was also amended without substantive alteration. It was added: *'This includes specific arrangements for the movement of goods within the United Kingdom's internal market, consistent with Northern Ireland's position as part of the customs territory of the United Kingdom under this Protocol, where the goods are destined for final consumption or final use in Northern Ireland and where the necessary safeguards are in place to protect the integrity of the Union's internal market and customs union'*, which is nothing more than a specification. Although the changes made

are not substantive in nature, the Windsor Framework was nonetheless welcomed by both the EU and the UK Parliament, which considered it a victory for protecting the integrity of the UK market.

3. *The Stormont Brake: a break in the storm?*

As mentioned before, the Windsor Framework's adoption was welcomed positively despite the lack of substantive changes, as it represents a break of the political stalemate surrounding the Northern Ireland Protocol. However, on the other hand, its main development, the so-called Stormont Brake, caused debate as to its effectiveness.

The Stormont Brake will enable members of the devolved Northern Ireland Assembly (which meets at Stormont) to initiate a procedure that could delay or even block the entry into force of EU Single Market rules in Northern Ireland. Its purpose is to alleviate the perceived "democratic deficit" in Northern Ireland, wherein the territory is subject to EU rules without having a democratic input into the making of those rules. The inclusion of the Stormont Brake in the Windsor Framework was intended to entice the political parties in Northern Ireland – and in particular the Democratic Unionist Party (DUP) – to restore the Stormont Assembly and the Northern Ireland executive, which are currently suspended.

Article 13 (3) of the Northern Ireland (NI) Protocol states that 'when this Protocol refers to a European Union act, that reference shall be read as referring to that European Union act as amended or replaced'. Article 13 (4) of the NI Protocol refers to the adoption of new legislation by the EU. In that case, the Union shall inform the UK of the adoption of such new legislation within the Joint Committee. The parties can request to have an exchange of views within the Joint Committee, within 6 weeks of its adoption. The new Stormont Brake, in fact, adds an exception to Article 13 (3) of the NI Protocol. The United Kingdom may block the application of an amended or replaced European Union act by notifying the Joint Committee that it has activated the procedure. It is therefore an emergency measure and triggers a suspension of the application of the amended or replaced EU act. However, the procedure's initiation requires compliance with certain criteria, both substantive and formal. First of all, the United Kingdom has to meet the two months deadline - from the publication of the act - to notify the Joint Committee. Second, the notification must be accompanied by a detailed substantial and procedural explanation. In other words, the UK must make

clear the reason behind the procedure's activation, how the assessment was conducted, and the steps followed to trigger the Stormont Brake. The EU representatives sitting in the Joint Committee can request further explanation within two weeks.

4. *Conditions and procedure to trigger the Stormont Brake*

What is the rationale behind this emergency measure? The image below represents the dual path that is available. Indeed, the Stormont Brake can be activated if:

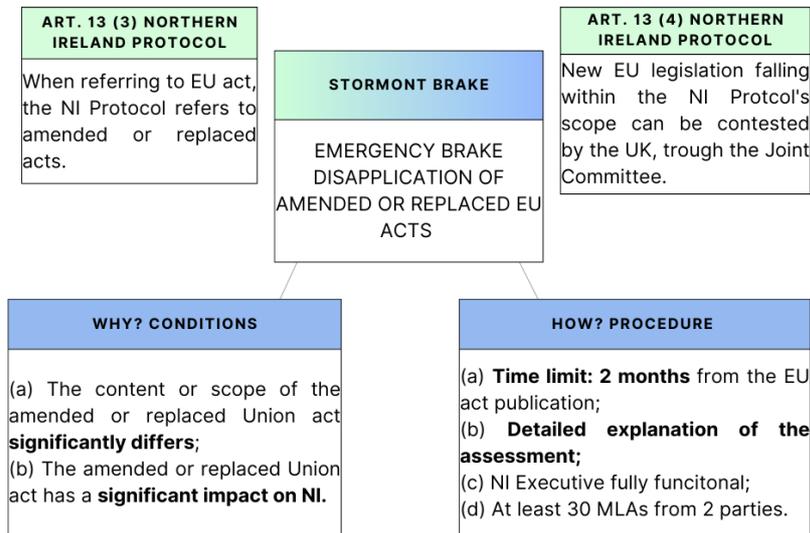
(a) the content or scope of the European Union act as amended or replaced by the specific European Union act significantly differs, in whole or in part, from the content or scope of the European Union act as applicable before being amended or replaced; and

(b) the application in Northern Ireland of the European Union act as amended or replaced by the specific European Union act, or of the relevant part thereof as the case may be, would have a significant impact specific to everyday life of communities in Northern Ireland in a way that is liable to persist.

The Stormont Brake can be activated if the conditions (a) and (b) met, but only in relation to the part of the European Union act amended or replaced interested by (a) and (b), meaning that the rest of the European Union act shall apply. The procedure is activated within the Joint Committee with a number of additional conditions. The mechanism can be activated only if the NI Executive is fully functional. The Executive should be in place, with a First Minister (FM) and a Deputy First Minister in regular session. Members of the Legislative Assembly (MLAs) should act in good faith, including in the appointment of the FM. The minimum threshold is an activation by thirty MLAs (out of a total of ninety in the Assembly) from at least two parties (excluding speakers and deputy speakers). They have to demonstrate that they considered other options prior such activation, including the consultation of the social parties.

At this point, the NI Assembly notifies the UK, which then notifies the EU.

Stormont Brake



5. Main legal issues of the Stormont Brake

As noted above, the main legal issues for applying the Stormont Brake are related to both its scope of application and its procedure. In terms of scope of application, the Stormont Brake refers to *amended or replaced* European Union acts. Article 13 (4) of the NI Protocol, on the other hand, refers to *new* EU legislation. Moreover, Art. 13 (4) NI Protocol establishes that the UK can object to new EU legislation falling within the NI Protocol scope for *any reason* – meaning without any impact assessment on Northern Irish communities, in contrast with the Stormont Brake provision. The issue is therefore to distinguish what is new and what is amended or replaced. Furthermore, the main legal issues will surely arise from the grey area: for example, how to consider European legislation that is primarily new but only amends some provisions of existing legislation? (S. PEERS, *Just Say No? The New Stormont Brake in the Windsor Framework*, in *EU Law Analysis*, March 2023). Moreover, it is not clear what ‘significant impact on the Northern Irish communities’ means.

Finally, in terms of procedure, the Stormont Brake raises concerns about its actual applicability (D. ALLEN GREEN, *Is the Stormont Brake an Instrument or an Ornament? And Does It Matter?*, in *the Law and Policy Blog*, March 2023). Even though the time limit – two months after the adoption of the EU act to activate the procedure – seems reasonable, the

requirements related to the NI Executive and to the Members of the NI Legislative Assembly might be difficult to meet. Those criteria imply political stability and the perfect functioning of the power sharing mechanism established by the Belfast/Good Friday Agreement, factors that have faltered in Northern Ireland precisely because of Brexit.

All these issues lead to questioning the effectiveness of Stormont Brake. On the one hand, the Stormont Brake certainly represented a break in the political stalemate surrounding the NI Protocol but, on the other hand, it remains to be seen how it can pass the test of practical implementation, and any future political storms (J. FAUDONE, *Stormont Brake: a break in the storm?*, in *Brexit Institute Blog*, April 2023).

6. Conclusions

In conclusion, could adopting the Windsor Framework be expected to lead to more stable EU-UK relations in the medium-long term? The fact that not precisely substantive changes have been met with so much political favor would lead one to say yes. However, it is impossible not to notice the asymmetry between politics and the law of the Windsor Framework. It certainly is a break from the political stalemate of recent years, but it remains to be seen if it will really succeed in bringing clarity to practical challenges. For instance, from a legal perspective, it is difficult to predict how the practical implementation will play out or how any legal and practical snags will be resolved. Furthermore, if there are legal snags, the risk that these could create political deadlock again cannot be entirely excluded. The most cautious approach is to welcome this as a positive step in having unblocked the political relationship between the EU and the UK while remaining vigilant on both the implementation of the legal aspects and the stability of the EU-UK relationship. From a political point of view, the question to ask is not whether the Windsor Framework will enable a more fruitful relationship between the EU and the UK. Instead, it might be wondered how long it will last before a new wave of instability in British politics sweeps it away. At the moment, PM Sunak achieved the adoption of the Windsor Framework with a large majority in the House of Commons (I. COOPER, *The Windsor-Westminster Split-Screen Drama*, in *Brexit Institute Blog*, March 2023). Sunak strongly wanted the UK Parliament to have a say, although it was optional for this type of act. It is a remarkable result, in the novelty of Brexit, without any doubt. Sunak has the merit to have generated a wave of positivity in EU-

UK relations from the beginning of its appointment. However, it may be too soon to salute British political stability. Moreover, it could be argued that tying the overcome of internal political division to a single political figure, albeit the PM, is a double-edged sword. If we accept the narrative that a step forward has been made thanks to a single political figure, we should be ready to face the consequences once his consent shifts.

In conclusion, the Windsor Framework is to be welcomed more for its political weight than for the legal changes that have been made. It is a step toward a more fruitful relationship between the EU and the UK, but its stability still looks pretty fragile.

INTERCETTAZIONI TELEFONICHE AUTORIZZATE
IN ASSENZA DI MOTIVAZIONE SPECIFICA E TUTELA DEI DI-
RITTI FONDAMENTALI: ALCUNE CONSIDERAZIONI CRITICHE
SULLA SENTENZA *HYA E AL.*

Federico Ferri*

SOMMARIO: 1. Contestualizzazione della pronuncia. – 2. Fatti di causa e questioni giuridiche. – 3. L’approccio della Corte di giustizia al tema centrale. – 4. Riflessioni conclusive in un contesto di tutela integrata dei diritti fondamentali.

1. *Contestualizzazione della pronuncia*

Con la sentenza *HYA e al.* del 16 febbraio 2023 la Corte di giustizia (CGUE) ha precisato che le decisioni giudiziarie che autorizzano l’utilizzo di tecniche investigative speciali di captazione, come le intercettazioni telefoniche, sono conformi al diritto UE anche se redatte mediante un testo prestabilito e privo di motivazione specifica; ciò a patto che gli elementi di fatto e di diritto possano essere inferiti agevolmente e senza ambiguità dall’interessato attraverso una lettura incrociata di ciascun provvedimento autorizzativo delle intercettazioni e della precedente richiesta di autorizzazione delle autorità penali competenti. La causa ha dunque implicazioni sul sistema di tutela integrata dei diritti, che a livello europeo si regge sulla Carta dei diritti fondamentali (Carta) e sulla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU).

Inoltre, la decisione *HYA e al* aggiunge un tassello alla giurisprudenza su *data retention* e diritti fondamentali, che da anni rappresenta un arduo banco di prova per i giudici di Lussemburgo (e non solo), specialmente in virtù delle carenze della legislazione UE in materia (non è questa la sede per addentrarsi nella questione, nonostante i numerosi spunti giuridici da essa suscitati: per approfondimenti sul tema della *data retention* nel diritto europeo, si rinvia in particolare a G. FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali: un’analisi comparata*,

* Professore a contratto di Diritto dell’Unione europea, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna – 9 maggio 2023.

Torino, 2021. Per considerazioni sulle sentenze più rilevanti della giurisprudenza UE e CEDU, si vedano, tra i tanti, E. CELESTE, *The Court of Justice and the Ban on Bulk Data Retention: Expansive Potential and Future Scenarios*, in *European Constitutional Law Review*, n. 1, 2019, p. 134 ss.; I. CAMERON, *Metadata Retention and National Security: Privacy International and La Quadrature du Net*, in *Common Market Law Review*, n. 5, 2021, p. 1433 ss.; M. NINO, *La disciplina internazionale ed europea della data retention dopo le sentenze Privacy International e La Quadrature du Net della Corte di giustizia UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2021, p. 93 ss.; S. CRESPI, *L'influenza del diritto dell'Unione europea sulla sicurezza nazionale: l'art. 4, par. 2, TUE alla prova della recente giurisprudenza UE tra l'altro in materia di privacy*, in *rivista.eurojus.it*, n. 4, 2022, p. 85 ss.; G. NADDEO, *Il difficile bilanciamento tra sicurezza nazionale e tutela dei diritti fondamentali nella "data retention saga" dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2022, p. 188 ss.). Da quando, nel 2014, con la celebre sentenza *Digital Rights Ireland*, la Corte ha annullato la direttiva 2006/24/CE sulla conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica, le uniche regole di riferimento continuano ad essere enunciate dall'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE su trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, nota anche come "direttiva sulla privacy". Tale disposizione rappresenta un'eccezione al principio di non ingerenza stabilito dall'art. 5, par. 1. In sostanza, dal combinato disposto degli artt. 15, par. 1, e 5, par. 1, della direttiva sulla *privacy*, gli Stati membri ad oggi possono disporre l'ascolto, la captazione, la memorizzazione e altre forme di intercettazione o sorveglianza di comunicazione senza il consenso degli utenti solo se la misura risulti necessaria, opportuna e proporzionata ai fini della prevenzione, della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento dei reati.

2. *Fatti di causa e questioni giuridiche*

È proprio l'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE il riferimento giuridico principale della causa *HYA e al.*

Ad essere in discussione è una prassi giurisdizionale di uso comune in Bulgaria. Secondo questa prassi, l'autorità giudiziaria competente suole autorizzare con motivazione generica intercettazioni telefoniche nei confronti di persone sospettate di avere commesso reati gravi. Più precisamente, tende

ad essere considerata ammissibile una decisione del giudice istruttore che reca unicamente un rinvio alla precedente richiesta di autorizzazione contenente tutti gli elementi di fatto e di diritto e le altre informazioni puntuali che normalmente devono essere indicate nella motivazione di un provvedimento.

Nel caso di specie, il Presidente del Tribunale penale specializzato bulgaro ha seguito la prassi appena riassunta, disponendo più intercettazioni telefoniche (verso persone indagate per la loro presunta partecipazione a un'organizzazione criminale) con varie ordinanze che prevedevano l'uso ripetuto di un modello prestabilito e privo di motivazione specifica. Il prestampato si limitava essenzialmente a circoscrivere la durata di validità dell'autorizzazione e a rappresentare l'osservanza dei requisiti di garanzia previsti dalla normativa nazionale applicabile. Ritenendo che siffatti elementi fossero già stati rispettati nelle richieste presentate dal pubblico ministero specializzato, il Presidente del Tribunale aveva di volta in volta compiuto un mero riferimento incrociato all'istanza che intendeva accogliere.

Sul fondamento di questi provvedimenti sono state registrate e memorizzate alcune conversazioni telefoniche e ciò ha permesso al pubblico ministero di formalizzare le accuse contro le persone intercettate. Sennonché, il Tribunale penale specializzato, successivamente adito dagli interessati, ha sollevato dubbi circa la conformità della prassi di cui sopra rispetto all'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE, interpretato in un'ottica di tutela del diritto a un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 47 della Carta, nonché sull'eventuale utilizzo in giudizio delle informazioni così raccolte. Le due questioni sono state quindi sottoposte alla Corte di giustizia.

3. *L'approccio della Corte di giustizia al tema centrale*

Tanto nelle conclusioni dell'Avvocato generale Collins quanto nella sentenza della Corte è possibile rinvenire lo stesso approccio con riguardo alla premessa di fondo e alla questione teorica principale.

Innanzitutto, Avvocato generale e Corte precisano che la risposta ai quesiti del giudice del rinvio dipende, in concreto, dall'eventuale sussistenza di obblighi di trattamento dati da parte di fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche, dal momento che ciò costituisce l'ambito di applicazione della direttiva sulla *privacy*. Tale aspetto può essere al massimo presunto, in attesa di una verifica puntuale ad opera del giudice *a quo*.

Quanto al principale nodo giuridico da sciogliere, né l'Avvocato generale né i giudici ritengono che, di norma, una prassi giudiziaria come quella venuta in rilievo nel caso in esame sia in contrasto con l'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE, letto alla luce dell'art. 47 della Carta. È vero che sussiste un obbligo di assicurare che le decisioni giudiziarie siano debitamente motivate e assunte nel rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione e dei diritti fondamentali, ma le specifiche necessarie non devono essere per forza elencate nel provvedimento che autorizza le intercettazioni telefoniche. L'obiettivo finale del diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo presuppone, infatti, che l'interessato, al fine di difendere i propri diritti nelle migliori condizioni possibili, possa conoscere la motivazione della decisione adottata nei suoi confronti anche a seguito della relativa comunicazione: è allora sufficiente che tale effetto sia suscettibile di prodursi da una lettura incrociata della richiesta e della successiva autorizzazione.

Insomma, tutto ruota attorno all'esaustività delle richieste elaborate dal pubblico ministero specializzato: se queste espongono in maniera circostanziata le ragioni per le quali viene richiesto l'utilizzo di tecniche investigative speciali, il Tribunale penale specializzato nella fattispecie può considerarsi legittimato ad adottare ordinanze sprovviste di motivazione specifica.

La linea argomentativa delle conclusioni e della sentenza diverge, semmai, sul margine di manovra lasciato al giudice del rinvio per compiere le valutazioni del caso. Da una parte, l'Avvocato generale suggerisce che la legittimità delle autorizzazioni alle intercettazioni telefoniche debba comunque essere valutata dal giudice remittente. Di conseguenza, le conclusioni si soffermano anche sul secondo quesito pregiudiziale: laddove il sindacato del giudice bulgaro sulla legittimità dei provvedimenti autorizzativi dia esito negativo, in linea di principio l'irregolarità non potrà essere sanata retrospettivamente e le prove assunte in violazione di principi generali del diritto UE e dei diritti fondamentali (in specie, il diritto a un equo processo) dovranno essere escluse. Per contro, la Corte di giustizia opta per una soluzione più netta. Pur dichiarando che spetta al giudice del rinvio verificare se nell'ambito della prassi in oggetto i motivi alla radice delle ordinanze che autorizzavano le intercettazioni siano effettivamente accessibili e comprensibili senza ambiguità dagli interessati, la Corte sembra in realtà dare per scontato che nella fattispecie non emergano contrasti con il diritto UE applicabile, al punto che la sentenza non esplora il quesito sui possibili limiti all'utilizzo in giudizio delle informazioni ottenute dal pubblico ministero specializzato.

4. *Riflessioni conclusive in un contesto di tutela integrata dei diritti fondamentali*

La sentenza *HYA e al.* consente di svolgere alcune riflessioni generali sulla portata dell'obbligo di motivazione, ai fini del diritto UE, per decisioni giudiziarie che sempre più di frequente vengono assunte in nome della sicurezza nazionale prima ancora che l'interessato venga formalmente accusato (circa le prerogative, derivanti dal sistema di tutela di diritto UE, che riguardano la posizione di chi invece si trova già in stato di accusa si rinvia a P. DE PASQUALE, *La tutela dei diritti dell'accusato nell'Unione europea*, in A. TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni dai trattati di Roma. Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 115 ss.).

Nell'impianto argomentativo della pronuncia *HYA e al.* vi sono un paio di profili che meritano di essere indagati ulteriormente e che riguardano la tutela dei diritti fondamentali delle persone le cui conversazioni vengono intercettate. Il primo si riferisce ai collegamenti tra la prassi controversa e l'art. 47 della Carta; il secondo all'interazione tra la sentenza e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) su intercettazioni telefoniche e diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU.

A. Sul diritto a un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 47 della Carta.

Anche se la Corte di giustizia considera l'obbligo di motivazione come una declinazione del diritto a un ricorso effettivo *ex art. 47* della Carta (e la Corte EDU ha assunto un approccio analogo con riferimento all'art. 6 CEDU: al riguardo, è qui sufficiente riportarsi alla sentenza *ASML* della CGUE, punto 28, anche alla luce delle precisazioni avanzate al punto 53 della successiva sentenza *Trade Agency* e al richiamo che essa fa della pronuncia della Corte EDU *Hadjianastassiou c. Grecia*), è bene ricordare che i diritti di difesa riconducibili al campo di applicazione di detto articolo non costituiscono prerogative assolute. Possono, cioè, soggiacere a restrizioni che rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e che non implicino, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile (es. sentenze *Dokter*, punto 75; *Alassini*, punto 63; *Texdata Software*, punto 84; *UBS Europe*, punto 62). La valutazione dell'esistenza di una violazione di questi diritti va poi compiuta in funzione delle circostanze specifiche di ciascuna fattispecie (*ex multis*, sentenza *Berlioz Investment Fund* del 2017, punto 97).

Stanti questi presupposti, e preso atto dell'assenza di "precedenti" dirimenti in rapporto al problema di cui ci si occupa, bisogna riconoscere che

nella sentenza *HYA e al.* non viene spiegato in modo particolarmente efficace perché, entro il perimetro dell'art. 47 della Carta, siano ammissibili restrizioni all'obbligo di motivazione esaustiva per le ordinanze di autorizzazione delle intercettazioni telefoniche adottate dal Presidente del Tribunale penale specializzato (vale sempre la pena ricordare che, come rilevato in dottrina, la portata di questo articolo è risultata maggiormente incisiva per il diritto degli Stati membri, piuttosto che sul piano dell'ordinamento UE: G. VITALE, *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nell'art. 47 della Carta di Nizza*, in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Torino, 2022, p. 304). Il ragionamento della Corte pare piuttosto affrettato, considerando la perentorietà della conclusione raggiunta.

Di fatto, il nucleo dell'argomentazione è una presunzione di conformità della prassi sindacata alla normativa bulgara da seguire. La Corte (punto 53) si limita a rilevare che “nell'ambito di detto procedimento, il giudice competente ha esaminato i motivi di una richiesta circostanziata (...), e al termine del suo esame ha considerato giustificata tale richiesta”; perciò, “si deve ritenere che, firmando un testo prestabilito secondo un modello che indica il rispetto dei requisiti di legge, tale giudice ha convalidato i motivi della richiesta, garantendo al contempo il rispetto dei requisiti di legge”. In forza di questo sillogismo, la sentenza aggiunge che “sarebbe infatti artificioso esigere che l'autorizzazione all'utilizzo di tecniche investigative speciali contenga una motivazione specifica e dettagliata, laddove la richiesta in relazione alla quale tale autorizzazione è concessa contiene già, in forza della normativa nazionale, una siffatta motivazione” (punto 54).

In effetti, la Corte avrebbe ben potuto “sfruttare” in prima battuta l'opinione più accreditata in dottrina quanto all'obbligo di motivazione nel quadro dell'art. 47 della Carta, ossia che le corti nazionali manterrebbero poteri piuttosto consistenti per la determinazione della forma delle decisioni da adottare al riguardo (D. SAYERS, *Art. 47(2): Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented* – sezione del commento ad Art. 47: *Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: a Commentary*, Oxford-Portland, p. 1264). Così non è stato.

La Corte non ha neanche riproposto un argomento importante e peraltro rinvenibile nella propria giurisprudenza, richiamato invece dall'Avvo-

cato generale nelle sue conclusioni (punto 39). Invero, ferma restando la necessità dell'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie, la CGUE aveva già dichiarato che la portata dello stesso potrebbe comunque variare a seconda di determinati fattori che connotano il procedimento nel suo complesso e in base all'insieme delle circostanze pertinenti. Tra questi elementi figurano la natura del provvedimento da assumere e le specifiche garanzie procedurali volte a mettere gli interessati nelle condizioni di proporre ricorso contro la decisione sfavorevole in maniera utile ed effettiva (si vedano, in specie, la già citata sentenza *Trade Agency*, punto 60, e la sentenza *fly-LAL Lithuanian Airlines*, punto 52).

Sarebbe stato inoltre utile chiarire, se del caso, quali potessero essere le specificità procedurali tali da giustificare la produzione di una motivazione didascalica nelle ordinanze di autorizzazione alle intercettazioni telefoniche. In proposito – anche in considerazione dell'urgenza sottesa a un'iniziativa da porre in essere per esigenze securitarie sensibili – si è osservato che le decisioni del Presidente del Tribunale specializzato erano state pur sempre adottate in esito ad una fase non dibattimentale; in simili circostanze, pertanto, gli interessati non avrebbero avuto modo di rappresentare la propria posizione alle autorità competenti per la disposizione di eventuali intercettazioni telefoniche (M. SCHRÖDER, *Pre-drafted template text as statement of reasons: HYA and others (Motivation des autorisations des écoutes téléphoniques)* (C-349/21), in *EU Law Live*, 24 marzo 2023).

B. Sul diritto alla vita privata nella giurisprudenza di riferimento della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Quanto al secondo profilo meritorio di commento, poiché, come annotato in dottrina, l'art. 47 della Carta si presta a limitate considerazioni in merito al diritto ad un ricorso effettivo in materia penale (in questo senso M. CAIANIELLO, *Giudice imparziale precostituito e tutela effettiva dei diritti in materia penale* - sezione del commento ad *Art. 47: Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2017, p. 911), è opportuno concentrare l'attenzione anche (e soprattutto) sul sistema di tutela approntato dalla Corte EDU.

Si rammenta anzitutto che il terzo paragrafo dell'art. 52 della Carta impone che qualora vi sia corrispondenza tra diritti garantiti da questo strumento e dalla CEDU il primo vada interpretato in modo che il livello di protezione degli stessi sia almeno equivalente a quello garantito attraverso la seconda.

Si aggiunga che il ‘considerando’ 11 della direttiva 2002/58/CE prevede che le misure di cui si occupa l’art. 15, par. 1, devono essere “appropriate, strettamente proporzionate allo scopo perseguito, necessarie in una società democratica ed essere soggette ad idonee garanzie conformemente alla (...) Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”. È poi pacifico che la Corte di giustizia associa l’eccezione prefigurata all’art. 15, par. 1, della direttiva del 2002 ai diritti fondamentali concernenti il rispetto della vita privata (art. 7 della Carta) e, in via ulteriore, la protezione dei dati personali (art. 8 della Carta); ciò ha indotto, ancora di recente, la CGUE a creare collegamenti diretti tra queste disposizioni e l’art. 8 CEDU (si cita la sentenza *Commissioner of An Garda Síochána* del 2022, punti 50-55).

Tanto premesso, si è avuto modo di vedere che in *HYA e al.* la CGUE incentra la propria argomentazione sull’art. 47 della Carta. Al contrario, il diritto alla vita privata viene evocato solo tramite minimi cenni all’art. 8 della CEDU, che invece la Corte EDU usa come granitico parametro di legittimità quando viene chiamata a pronunciarsi su norme o prassi nazionali in punto di intercettazioni telefoniche (si rinvia alla *Guide to the Case-Law of the European Court of Human Rights – Data protection*, 31 agosto 2022, pp. 32-33). E tali rapide osservazioni servono alla Corte di giustizia per sostenere che nemmeno la giurisprudenza CEDU più prossima al caso attivato dal giudice bulgaro costituirebbe un elemento ostativo automatico per l’autorizzazione di intercettazioni telefoniche a mezzo di decisioni giudiziarie prive di motivazione specifica. Tuttavia, questi passaggi appaiono parzialmente controversi, per almeno tre ordini di ragioni.

In primis, la Corte di giustizia ha assegnato un peso specifico pressoché irrilevante alla sentenza *Dragojević c. Croazia* del 2015. È vero che questa sentenza verte sulla possibilità di rimediare a posteriori all’assenza o all’insufficienza di motivazione delle decisioni di autorizzazione di intercettazioni telefoniche; ma l’*iter* argomentativo seguito dalla Corte EDU è più ampio, in quanto volto ad appurare se il margine di azione garantito al pubblico ministero dall’ordinamento croato e dalle prassi giudiziarie in essere in questo tipo di procedimenti potesse sfociare in possibili abusi ai danni degli interessati. Non a caso, nella pronuncia (punto 94) si sottolinea quanto sia importante che l’autorità preposta all’autorizzazione delle intercettazioni “determines whether there is compelling justification for authorising measures of secret surveillance”. Inutile dire che solo con un’adeguata motivazione si può soddisfare tale richiesta, tant’è vero che la Corte EDU (punti 95-97)

conferma di avere difficoltà ad accettare una situazione come quella prodotta dalle corti croate, inclini a motivare i suddetti provvedimenti i) con semplici rinvii alle richieste ricevute, ii) al massimo con l'aggiunta di una formula standard che specificava come, in assenza di intercettazioni, le indagini sarebbero risultate estremamente difficili o irrealizzabili, iii) e comunque senza fornire alcun dettaglio inerente ai fatti di causa e a circostanze che potessero giustificare il ricorso alla misura selezionata. Questi rilievi hanno contribuito a far sì che i giudici concludessero all'unanimità circa una violazione dell'art. 8 CEDU da parte della Croazia. Vale la pena rappresentare che, anche a distanza di anni, la Corte EDU ha identificato la sentenza *Dragojević c. Croazia* come uno dei riferimenti primari per ricavare i principi generali relativi alle intercettazioni telefoniche (è accaduto, ad esempio, nel 2021 nella decisione *Abmadov c. Azerbaijan*, punto 61).

In secondo luogo, in *HYA e al.* la Corte di giustizia si propone di suffragare la propria tesi basandosi su un inciso di un'altra sentenza della Corte EDU, *Ekimdzhev e al. c. Bulgaria*, resa ad inizio 2022 e riguardante proprio la prassi oggetto del rinvio pregiudiziale instaurato dal Tribunale penale specializzato. Al punto 314 della sentenza *Ekimdzhev e al. c. Bulgaria* si legge che “the absence of reasons cannot automatically lead to the conclusion that the judges issuing surveillance warrants have not properly reviewed the applications for them”. Ancora una volta, però, si ha la sensazione che la CGUE abbia utilizzato in modo un po' troppo semplicistico un'affermazione che andrebbe letta in un contesto più esteso. Infatti, in *Ekimdzhev e al. c. Bulgaria* la Corte EDU ha rilevato che il Presidente e i Vice-Presidenti di questo organo avevano autorizzato numerose richieste di intercettazioni tramite provvedimenti che “had completely blanket contents, were couched in terms which were general enough to be capable of relating to any possible surveillance application, and lacked any reference to the specific case to which they related except the number of the application”. A fronte di ciò, la Corte EDU (punti 313-321) ha certificato varie lacune idonee a pregiudicare quell'obbligo di motivazione che, sulla scorta della predetta sentenza *Dragojević c. Croazia*, deve essere concepito come una “vital safeguard against abusive surveillance”. Non stupisce allora che anche nel caso in questione sia stato deciso unanimemente che la libertà protetta dall'art. 8 CEDU era stata violata. Circostanza, quest'ultima, di cui la Corte di giustizia non pare, però, tenere conto.

Peraltro, è quanto meno singolare, alla luce di quanto precede, che la Corte di giustizia (così come l'Avvocato generale) non abbia ritenuto di fare alcun accenno ad un'altra sentenza CEDU, resa nel caso *Potoczka e Adamčo*

c. Slovacchia e pronunciata appena un mese prima della decisione *HYA e al.* Posto che la discriminante che la CGUE valorizza per ammettere l'ipotetica legittimità di una decisione giudiziale priva di motivazione specifica è la possibilità di rimediare al problema grazie ad una lettura incrociata del provvedimento che autorizza le intercettazioni telefoniche e della relativa richiesta, i giudici di Lussemburgo avrebbero ben potuto richiamare la sentenza dei giudici di Strasburgo, dato che in *Potoczka e Adamčo c. Slovacchia* questi ultimi sembrano accettare – se non altro in astratto – l'ammissibilità della combinazione predetta per conciliare le varie prerogative in contrasto. Viene appunto vagliata l'eventualità di “any possibility of the contents of that request making up for the lack of reasoning of the warrant if they were to be read together”; tuttavia, a differenza di quanto avvenuto nel procedimento alla base del giudizio *HYA e al.*, la Corte EDU ha annotato che nella fattispecie una soluzione in tal senso non era praticabile.

In conclusione, a parere di chi scrive, i punti d'approdo raggiunti dalla Corte di giustizia in *HYA e al.* non paiono di per sé censurabili, perché la sentenza non perde di vista la necessità di accordare all'interessato una tutela sostanziale ed effettiva.

Si ritiene, però, discutibile la scelta della Corte di percorrere quasi esclusivamente una rotta – in buona parte ancora insidiosa – interna all'art. 47 della Carta, senza ragionare sulle prospettive di attuazione del diritto fondamentale alla tutela della vita privata. In particolare, e per usare una metafora, i “problemi di captazione” dei segnali provenienti da Strasburgo complicano oltremodo il dialogo tra Corti e potrebbero avere ripercussioni multiformi negli ordinamenti interni, sia presi singolarmente sia nelle operazioni di raccolta transfrontaliera di prove (su tale aspetto si veda anche M. KUSAK, *Common EU Minimum Standards for Enhancing Mutual Admissibility of Evidence Gathered in Criminal Matters*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2017, spec. p. 347).

L'auspicio è che a causa di queste incertezze il messaggio finale della CGUE non venga interpretato dai giudici interni in modo da favorire compromessi al ribasso per la tutela dei diritti fondamentali, per di più in un'epoca nella quale l'evoluzione tecnologica suole essere posta (anche surrettiziamente) al servizio della sorveglianza di massa per ragioni securitarie. E che la Corte UE possa sciogliere, nelle pronunce a venire, i nodi che la decisione in commento ha prodotto.

TEMPORARY PROTECTION: WHICH FUTURE IN THE EU MIGRATION POLICY?

Marco Gerbaudo*

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. Temporary protection: origin and development in EU law. – 3. EU temporary protection’s failure and immediate protection. – 4. Temporary protection for Ukrainian refugees: a mix of political will and legal creativity. – 5. Which future for EU temporary protection? *Prima facie* recognition of international protection. – 6. Concluding remarks.

1. *Introduction*

Since the 2015 “migration crisis”, European Union (EU) institutions are attempting, though with little success, to reform EU migration policy, perceived as outdated and inefficient in dealing with sudden influxes of people at EU external borders. After the Russian invasion of Ukraine however, it took only eight days for the EU to adopt and implement an EU-wide temporary protection scheme. Such a scheme granted Ukrainian refugees access to the whole EU territory, giving them immediate and collective protection. The prompt and common EU action was built upon the already existing temporary protection framework introduced in the EU migration policy back in 2001 with the Temporary Protection Directive.

Until the activation of the Directive in 2022, the concept of temporary protection was unfamiliar to many in Europe. If the EU had the tools to efficiently manage the arrival of people in crisis situations, why was it not activated before? The Ukraine crisis showed that the EU was equipped to react to migration crises in a coordinated manner, provided that the EU institutions had the political will and legal creativity to do so.

While the current situation is unprecedented, it provides the *momentum* to reconsider the role of temporary protection in the EU legal framework. How can EU temporary protection be improved to make it more efficient and more easily activable? Two interlinked issues are the most urgent: the provision of alternatives to return upon the end of the protection period,

* Dottorando di ricerca in International and European Law, Università Bocconi, Milano
– 3 maggio 2023.

and the introduction of additional instruments to allow EU institutions to better tailor the response to migration crises.

2. *Temporary protection: origin and development in EU law*

The temporary protection regime is not an exclusive tool of the Common European Asylum System (CEAS). While the 1951 Geneva Convention provides for the definition of the status of refugees, it does not address large-scale movements of people fleeing conflicts.

Individuals escaping violence are nonetheless protected by the *non-refoulement* principle, stemming from Article 3 of the European Convention on Human Rights, which obliges States not to return people to a country where they would face irreparable harm. To give effect to such obligation, States increasingly introduced in their national legislation “temporary refuge provisions” ensuring protection of people escaping from generalised violence in their country of origin. Contrary to international protection, temporary protection is not an individualised status but rather a group-based protection intended to provide immediate assistance to people in need, at the same time avoiding overloading States’ asylum systems with applications. For a long time addressed exclusively in national legislation, temporary protection was recognised by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) as a valid tool to “offer sanctuary to those fleeing humanitarian crises” during the 1990s Balkan wars.

The mass exodus from former Yugoslavia during its dissolution targeted mostly its neighbouring European countries, part of the EU. During the first Balkan war in 1992-1995, many Member States introduced national practices concerning temporary protection, without a proper common approach (M. KJAERUM, *Temporary Protection in Europe in the 1990’s Opinion*, in *International Journal of Refugee Law*, 1994, p. 544). During the 1999 Kosovar crisis, the need for a coordinated EU effort to harmonise national temporary protection schemes became evident. The diverging national practices on temporary protection were indeed detrimental to the well-functioning of the internal market: without any coordination nor responsibility sharing among Member States, displaced persons from the Balkans entered, settled, and circulated in the EU with different legal statuses, entitled to different sets of rights and guarantees.

With the entry into force of the Amsterdam Treaty, the EU gained the competence to set up flanking measures targeting migration to enable the

efficient functioning of the internal market (K. HAILBRONNER, *European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty*, in *Common Market Law Review*, in vol. 35, n. 5, 1998). In 2001, Directive 2001/55/EC (Temporary Protection Directive, hereafter TPD) was adopted. It was the first legislative instrument in the field of asylum to ever be approved at EU level.

The TPD, after having defined what constitutes a mass influx of displaced persons (Chapter I), introduced an activation mechanism and a set of minimum protection standards. The Directive's content is five-folded: first, an activation mechanism under the control of the Council of the EU is set up (Chapter II); second, minimum standards concerning the legal status, rights and guarantees of temporary protection beneficiaries are listed (Chapter III); third, the procedures to follow for beneficiaries of temporary protection to request and obtain international protection is regulated (Chapter IV); fourth, return to the country of origin is normed as the only option to follow the end of temporary protection (Chapter V); finally, a solidarity scheme among Member States is set up, under the form of burden-sharing (Chapter VI) and administrative cooperation (Chapter VII). Many commentators analysed in detail the content of the directive here briefly outlined (see: M. INELI-CIGER, *EU temporary protection directive*, in ID. (ed.), *Temporary Protection in Law and Practice*, Leiden, 2017, pp. 149-167; A. SKORDAS, *Temporary Protection Directive 2001/55/EC*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.) *EU Immigration and Asylum Law*, Munchen, 2016, pp. 1055-1108; K. KERBER, *The Temporary Protection Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 4, 2002, p. 193.

The Directive pursues two complementary objectives (Art. 1 TPD): one, "to establish minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons from third countries who are unable to return to their country of origin"; two, "to promote a balance of effort between Member States in receiving and bearing the consequences of receiving such persons".

The first objective consists of a standard application of the soft harmonisation approach adopted under the Amsterdam regime in the asylum field. Member States are given a much-needed set of guidelines on how to implement temporary protection, though allowing for more favourable provisions.

The second objective is more ambitious. Well before the Lisbon Treaty put solidarity among the guiding principles of the EU migration policy (Art. 80 of the Treaty on the Functioning of the European Union), the TPD strives

to establish a burden-sharing mechanism between Member States as a solidarity measure. Member States are indeed required to “receive persons who are eligible for temporary protection in a spirit of Community solidarity” (Art. 25 TPD). Such a solidarity provision remains a *unicum* in the CEAS, where burden-sharing is implemented exclusively via a hierarchy of criteria with no place for equitable distribution among Member States (see the Dublin System, for more information: V. MITSILEGAS, *Solidarity and trust in the common European asylum system* in *Comparative Migration Studies*, n. 2, 2014, p. 181 ss).

What made it politically possible for the TPD to feature such an innovative solidarity scheme is the key condition of the status granted: the return of temporary beneficiaries as soon as the situation in their country of origin is stabilised. Return is presented as the only possible outcome at the end of the temporary protection period: the TPD often stresses the temporary nature of the protection granted, which cannot be converted into any permanent residence permit, nor it involves any form of integration measure.

3. *EU temporary protection's failure and immediate protection*

The temporary protection scheme designed by EU law has no comparison at international level, as it creates a system effectively managing the temporary stay of refugees in the EU while avoiding national asylum systems to be paralysed when facing a crisis situation. However, until 2022 the TPD was never activated, despite many migratory crises at the EU external borders could be defined as mass influxes. According to many commentators, the TPD was doomed to remain wishful thinking, due to a variety of factors: in particular, the too broad and vague definition of “mass influx” and the lengthy and complex activation procedure under the sole control of the Council (see H. DENİZ GENÇ, N. ASLI ŞİRİN ÖNER, *Why Not Activated? The Temporary Protection Directive and the Mystery of Temporary Protection in the European Union*, in *International Journal of Political Science and Urban Studies*, 2019; M. INELI-CIGER, *Time to Activate the Temporary Protection Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016; ID., *Has the Temporary Protection Directive Become Obsolete? An Examination of the Directive and Its Lack of Implementation in View of the Recent Asylum Crisis in the Mediterranean*, in C. BAULOZ et al, *Seeking Asylum in the European Union*, Leiden, 2015, p. 223)

Looking beyond the practical issues weakening the TPD, the underlying

reason for the reluctance of the Commission to propose and the Member States to back its activation is the lack of trust in the pragmatic realisation of the return precondition. Looking at the aftermaths of the Yugoslavian wars, such scepticism appears justified: once the war ended, many displaced persons from Bosnia did not leave their host countries, eventually forcing States to grant them permanent residence status (J. KOO, *Mass Influxes and Protection in Europe: A Reflection on a Temporary Episode of an Enduring Problem*, in *European Journal of Migration and Law*, 2018, p. 157). Without enforceable returns at the end of the temporary protection period, the solidarity scheme of the TPD would no longer be a temporary burden-sharing mechanism but a permanent resettlement scheme, unacceptable for most non-frontline Member States.

In the 2020 New Pact on Asylum and Migration, the Commission proposed to repeal the TPD, as it “no longer responds to Member States’ current reality”. In place of temporary protection, the Commission proposed the institution of a new - yet similar- type of protection: immediate protection (Proposal for a Regulation addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum, Art. 10, hereafter Crisis and Force Majeure Regulation).

Contrary to temporary protection, immediate protection is not a self-standing legal instrument. Its functioning is inserted in a Regulation with a broader scope and content, where immediate protection is included as one of the tools at disposal of Member States facing crisis situations: it is described as a derogation allowing Member States to suspend “the examination of applications for international protection [...] in exceptional situations of armed conflict” (Recital 23). Content-wise, the measure fulfils the first of the two objectives of the TPD: it equips its beneficiaries with an even broader set of rights and guarantees, comparable to the ones given by subsidiary protection. Furthermore, the activation mechanism is simplified, being entrusted solely in the hands of the Commission, with the oversight of the committees of representatives from the Member States (for more information on immediate protection, see E. PISTOIA, *Dalla Protezione Internazionale alla Protezione Immediata: L'accoglienza degli Sfollati dall'Ucraina come Cartina di Tornasole della Proposta di Trasformazione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2022, p. 101; R. PALLADINO, *The “Immediate Protection” Status under the New Pact on Migration and Asylum: Some Remarks* in *Journal of Mediterranean Knowledge*, 2021, p. 361).

As for the second objective of the TPD, i.e. the promotion of a balance of efforts between Member States, immediate protection remains silent. The

broadening of the protection standards and easing of its procedural requirements came at the cost of depriving immediate protection of any connection with the solidarity provisions which made EU temporary protection so innovative: no burden-sharing mechanism between Member States is prescribed. Within the proposed Crisis and Force Majeure Regulation, there are other provisions outlining a set of solidarity measures to be adopted in crisis situations, which however are disconnected from the immediate protection regime.

Despite the lack of solidarity provisions, immediate protection appeared to be a viable alternative to finally make temporary protection a functional tool of the EU migration policy.

4. *Temporary protection for Ukrainian refugees: a mix of political will and legal creativity*

The widespread agreement on the necessity to replace the pioneering yet unpractical TPD with a pragmatic but un-solidaristic immediate protection was proven wrong at the beginning of 2022, when the TPD was finally activated in response to the Russian invasion of Ukraine. After the beginning of the war on 24 February 2022, a massive influx of Ukrainians crossed the EU external borders, especially in Poland. Facing this delicate situation, the EU surprisingly took action in a swift and cohesive manner: upon a proposal from the Commission tabled on 2 March, on 4 March the Council unanimously adopted an implementing decision activating the TPD.

The Council decision defined the incoming inflow from Ukraine as a mass influx of displaced persons according to the TPD and decided to grant automatic temporary protection to three categories of beneficiaries: (1) Ukrainian nationals residing in Ukraine before 24 February 2022 and their family members; (2) beneficiaries of international protection in Ukraine before 24 February 2022 and their family members; (3) third-country nationals with a valid permanent residence permit in Ukraine who cannot safely return in their country of origin. The protection was granted until 4 March 2023, and was recently prolonged automatically for one year until 4 March 2024. It could be additionally prolonged for one year until 4 March 2025, when the TPD activation must cease having reached its maximum duration (for a detailed analysis of the Council Decision, see S. PEERS, *EU Law Analysis: Temporary Protection for Ukrainians in the EU? Q and A*, in *EU Law Anal-*

ysis, 27 February 2022; S. CARRERA et al, *The EU Grants Temporary Protection for People Fleeing War in Ukraine*, in CEPS, 14 March 2022).

The activation of the TPD proved that the practical obstacles and the unrealistic prospects of return could be overcome by two factors: political will and legal creativity. Differently from previous crisis situations, the Ukrainian one had peculiar features that convinced Member States to back the activation of the TPD: the scale and speed of arrivals (over 3.6 million people fled Ukraine in the first month of the war); the geographical proximity of Ukraine, directly neighbouring the EU; the cultural similarities between Ukrainians and European citizens; and the EU's foreign policy objective of opposing Russia's invasion (M. INELI-CIGER, *5 Reasons Why: Understanding the Reasons behind the Activation of the Temporary Protection Directive in 2022*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 7 March 2022).

Member States and EU institutions were, and still are, committed to giving Ukraine all the support necessary to stand against Russian aggression, setting up measures spanning from sanctions targeting Russia to military support to the Ukrainian army. Such general commitment translated also into ensuring the smoothest management possible of the influx of people escaping Ukraine.

Political will alone cannot however explain the speediness of the activation of the TPD, especially considering its solidarity features. Knowing the harsh opposition caused by past EU relocation schemes in 2016-2017, Member States' agreement to use a tool which includes compulsory burden-sharing provisions is surprising (B. DE WITTE, E. L. TSOURDI, *Confrontation on relocation—The Court of Justice endorses the emergency scheme for compulsory relocation of asylum seekers within the European Union: Slovak Republic and Hungary v the Council*, in *Common Market Law Review*, vol. 55, n. 5, 2018). The activation of the TPD was ultimately made possible by the legal creativity of the Commission. In its activation proposal, it introduced an "implicit" burden-sharing mechanism, avoiding the lengthy negotiations that a quota system would have caused. Taking advantage of the pre-existing ties between the EU and Ukraine, the Implementing Decision establishes a *laissez-faire* system leaving to the Ukrainian refugees the choice of where to relocate.

The free-choice system consists of three main elements. First, the acknowledgement of the existence of already-settled Ukrainian communities across the EU: before the beginning of the war, over 1.5 million Ukrainians were regularly staying in the EU, the third biggest group of non-EU citizens.

The presence of Ukrainian communities in the EU is of great importance, as they provide support networks for people escaping Ukraine, helping them to settle in the host country of their choice. Second, Ukrainians are exempted from visa requirements to enter the EU for short periods of time (90 days) and have the right to move freely within the EU for 90 days within a 180-day period. The Schengen visa waiver, therefore, provided the legal foundation for letting Ukrainians decide in which Member State to obtain temporary protection. Third, Member States agreed to abolish the return system provided by the TPD (article 11), which would oblige them to take back temporary protection beneficiaries if found in the territory of another Member State (preamble 15 of the Implementing Decision). Such a decision *de facto* prolongs the free movement regime for Ukrainian refugees beyond the visa-exemption period and the 90 days granted by the temporary protection status. The free-choice system is designed to allow temporary protection beneficiaries to freely move around the EU and to change Member State of residence and ask there (but not automatically obtain) for a new residence permit (S. PEERS, *The Odd Couple: Free Choice of Asylum and Temporary Protection*, in *EU Law Analysis*, 16 May 2022).

The free-choice model adopted in the Implementing Decision is firstly a concession to temporary protection beneficiaries, allowing them to “join their family and friends across the significant diaspora networks that currently exist across the Union”. Secondly and more importantly, it is a solidarity measure supporting Member States, as it “will in practice facilitate a balance of efforts between Member States, thereby reducing the pressure on national reception systems” (Recital 16 of the Implementing Decision). While it is debatable whether such a system fulfils the burden-sharing procedural obligations listed in article 25 of the TPD, there is no doubt the model is designed having in mind a “spirit of Community solidarity”.

The conjunction between political will and legal creativity enabled the activation of the TPD, allowing the EU to effectively manage a humanitarian crisis without letting it become a migration crisis: in the first year of the activation of the TPD, nearly 4 million registrations for temporary protection were recorded in the EU.

5. *Which future for EU temporary protection? Prima facie recognition of international protection*

The EU response to the Ukrainian crisis is intrinsically linked to the

situation at stake and it would be difficult to replicate it in another context. However, the temporary protection scheme adopted showed the possibility for existing EU tools to be tailored to address a crisis without renouncing solidarity provision. Therefore, the Ukrainian crisis brings the question: which future lies ahead for temporary protection in Europe?

Currently, the Commission has not withdrawn the proposal to repeal the TPD and replace it with the immediate protection. However, in its 2022 State of the Union Address, Commission's President Von der Leyen defined the EU actions towards Ukrainian displaced persons as a display of "determination and solidarity", stressing that they should be the "blueprint for going forward". In a recent Communication, the Commission further elaborated on this point stating that "the Temporary Protection Directive has proven to be an essential instrument to provide immediate protection", and that "it should remain part of the toolbox available to the European Union in the future".

It appears unlikely for the TPD to be repealed any time soon. While this is surely good news, it cannot be ignored that the activation of the TPD has never been taken into consideration before, despite the numerous "migration crises" at the EU external borders in the past decade. The political willingness and legal creativity shown in the activation of the TPD should therefore be deployed to improve the EU temporary protection scheme to better respond first to the ongoing Ukraine crisis, and second to possible future similar situations. Two interlinked issues appear the most urgently needing intervention: first, the "return dogma" surrounding temporary protection should be questioned. Subsequently, the EU migration policy must be equipped with the appropriate tools to better respond to sudden mass influxes.

The "return dogma" of temporary protection has been identified above as one of the main reasons behind the non-activation of the TPD in the past. On one side, temporary protection must have a precise end point to be considered "temporary", and return is the most logical outcome to end such protection. On the other side, return cannot always be enforced, especially in cases of mass influxes of people fleeing violence: in their country of origin, the restoration of safety and stability does not automatically follow the end of active violence. In these situations, Member States cannot return former temporary protection beneficiaries to comply with the *non-refoulement* obligation. *Rebus sic stantibus*, return in the context of temporary protection cannot be the only option to manage the end of the protection period. At the state of the art, while the TPD specifies that returns can be enforced only

if they can be performed in a safe and durable manner (Art. 6(2) TPD), there is no provision providing alternatives to return compliant with the *non-refoulement* principle.

The issue of return is quite pressing in the context of the Ukrainian crisis, with the maximum period for temporary protection ending on 4 March 2025. While there is still some time ahead, there is great scepticism that the situation in Ukraine will be stable and peaceful by then. Therefore, the definition of the status of former temporary protection beneficiaries whose return cannot be enforced will be the next issue EU institutions will face. Among the options identified by commentators, the most common ones are the prolongation of the duration of temporal protection; the change of EU legal migration law to allow the issuance of other residence permits, such as the long-term residence permit; or the issuance of other forms of protection, such as subsidiary protection (see: M. INELI CIGER, *What Happens Next? Scenarios Following the End of the Temporary Protection in the EU*, in *MPC Blog*, 9 March 2023; E. KÜÇÜK, *Temporary Protection Directive: Testing New Frontiers*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2023).

Having in mind the Ukrainian situation and the necessity to find a sustainable solution which could be replicated in the future, the most suitable option would be to grant former temporary protection beneficiaries a new form of protection. This way, beneficiaries could continue the integration process that began with temporary protection, while not radically changing their status and at the same time being on a clear and durable regularisation path. Unfortunately, EU rules governing all forms of protection other than temporary protection are unfeasible to manage mass influxes situations like the Ukrainian case: they all provide for an individual assessment of every claim. Given the 4 million temporary protection beneficiaries present in the EU and the already existing backlog in many national asylum systems, the process of individual asylum applications would lead to the collapse of the asylum systems of the most affected countries, such as Poland.

The assignment of a new form of protection to temporary protection beneficiaries would therefore require EU institutions to display a new political willingness and legal creativity. A new procedure for the recognition of international protection should be introduced, namely the recognition on a *prima facie* basis. *Prima facie* recognition of refugee status is a tool recognised by the UNHCR to grant refugee status “on the basis of readily apparent, objective circumstances in the country of origin”, particularly useful “in situations of large-scale displacement in which individual status determination impractical and unnecessary”.

Such a new type of protection would require the amendment of the current EU directives governing international protection. Unfortunately, the change of migration laws at EU level has always been problematic. However, the current situation provides for an unprecedented *momentum*, mixing urgency and availability of reform venues: on one side the Ukrainian case requires urgent solutions; on the other side, the New Pact on Migration and Asylum introduced a set of proposals which could be the starting point for a speedy introduction of *prima facie* recognition of asylum claims in situations of crisis. In particular, the proposed Crisis and Force Majeure Regulation seems quite fitting for the job: the proposed immediate protection could be amended to no longer be a substitute for the temporary protection but instead to work as a *prima facie* protection.

This is exactly what the European Parliament proposed to do on 28 March 2023, when it adopted its negotiating position on the main reform proposals of the New Pact. In their amended proposal of the Crisis and force majeure Regulation, immediate protection is rebranded as “*prima facie* international protection”. As for immediate protection, it would apply in crisis situations, when Member States can suspend the individual examination of applications handled by “displaced persons unable to return to their country of origin”. The Parliament envisaged a streamlined activation procedure entrusted to the Commission, which would indicate in a delegated act establishing the situation of crisis, whether there is a need to apply for *prima facie* international protection and to who it should apply. In a situation of *prima facie* recognition, applicants should receive a form of international protection in accordance with the Qualification Regulation Proposal within a month since lodging the application and with no analysis of merit.

The European Parliament proposal, albeit not much detailed, is commendable for its novelty and effort to fill in the gaps left by the TPD in cases of unenforceable returns. There is only one major problem: according to Recital 23 of the proposal, the *prima facie* recognition will consist of a temporary suspension of the analysis of international protection applications. Within one year at the latest since its suspension, Member States should resume the examination on the merits of all applications. Such a mechanism would only delay the inevitable collapse of national asylum systems. In cases of mass influxes however, what is necessary is the suspension altogether of the analysis of the merit of beneficiaries of *prima facie* international protection, given their belonging to a category whose refugee status is undoubted. Nonetheless, the European Parliament's proposal is taking over the legal creativity shown by Commission and Council to equip the EU migration

policy with more instruments to adequately respond to future migration crises.

It is too early to know if the Parliament proposal on international protection *prima facie* recognition is going to become reality. The road ahead is surely going to be uphill: so far, the Council has yet to adopt a negotiating position on the Crisis and Force Majeure Regulation and the negotiation process is falling behind the objective of agreeing on most of the New Pact reforms by the end of the Parliament legislature (spring 2024). Notwithstanding the difficult way ahead, the Parliament's proposal has the potential of making temporary protection in the EU more accessible and reliable.

6. *Concluding remarks*

After the Balkan wars, a common scheme of temporary protection in Europe was deemed urgent and necessary. However, after the adoption of the TPD, temporary protection disappeared from the EU migration debate for over 20 years. The Russian invasion of Ukraine on February 2022 prompted EU institutions to act swiftly and in unity: thanks to a mix of political will and legal creativity, the TPD was activated for the first time in its history.

After one year since its activation, the success of the temporary protection scheme is evident: around 4 million persons enjoy the status of temporary protection across the EU, and their arrival and stay in the Member States did not encounter legal or practical obstacles. This is in great part possible thanks to the innovative free-choice model implemented by the Implementing Decision, allowing Ukrainians to choose the state where to relocate and obtain temporary protection.

While acknowledging the success of the Ukrainian case, it cannot be ignored that the TPD remained inactive for over 20 years despite the 2010s being the decade of the "migration crisis". Two are the main challenges to overcome to strengthen the future role of the TPD in the CEAS: the defeat of the "return dogma" surrounding temporary protection, and the introduction of additional tools to better respond to sudden mass influxes in the future and ensure its smooth functioning in its current activation. One possible solution would be the creation of a new type of protection, *prima facie* international protection, which would require EU institutions to display new political will and legal creativity. The European Parliament's proposal in the context of the negotiations of the New Pact goes in the right direction. The

negotiating process is still at the beginning. Nonetheless, the clock is ticking on the TPD activated in wake of the Russian invasion of Ukraine, requiring urgent action. The Ukrainian solidarity system must be preserved from an unorganised and incohesive management of its de-activation. At the same time, it is up to EU institutions to rise to the challenge and improve EU migration policy's readiness to respond to future migration crises.

WARSAW DOES NOT FULFIL, AND LUXEMBOURG CUTS THE SANCTION IN HALF. IT DOESN'T ADD UP!

Miriana Lanotte*

SUMMARY: 1. Introduction: Contextual elements. – 2. The order of the Vice-President of the Court. – 3. Analysis: critical issues, contradictions, and paradoxes.

1. *Introduction: Contextual elements*

In his order of 21 April 2023, in case C-204/21 R-RAP, the Vice-President of the Court of Justice reduced by half the amount of the periodic penalty payment that Poland had been ordered to pay based on the order of 27 October 2021 (case C-204/21 R, *Commission v Poland*). Although the Court of Justice, on 5 June 2023, closed the infringement procedure with a judgment establishing Poland's default (case C-204/21, *Commission v Poland*), the order deserves to be commented on because it presents more general and systematic critical profiles, in particular with respect to the role of the Vice-President who, following a change in circumstances, may amend or revoke the interim measure of the periodic penalty payment.

After briefly reconstructing the background of the order, the following paragraphs summarize the reasoning that led the Vice-President to halve the penalty (para. 2) and comment critically on this decision, which arguably has no legal and factual basis (para. 3).

It is worth briefly mentioning just some of the essential points of Poland's rule of law crisis (L. PECH, *7 Years Later: Poland as a Legal Black Hole*, in *verfassungsblog.de*, January 2023). Since 2015, Polish authorities have rushed through more than twenty pieces of legislation – arguably all in breach of Poland's Constitution – regarding Poland's judiciary resulting in the systemic undermining of Polish courts' independence (*Free Courts, 2500 Days of Lawlessness*, November 2022). This triggered, albeit belatedly, the reaction of the Commission, which initiated a series of infringement actions (L. PECH, P. BARD, *The European Commission's Rule of Law Report and EU Monitoring and Enforcement of Art. 2 TEU values*, PE 727.551, February

* Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università *Alma Mater* di Bologna – 18 luglio 2023.

2022). In particular, the Court of Justice, in Cases C-619/18, *Commission v Poland* (Independence of the Supreme Court), C-192/18, *Commission v Poland* (Independence of ordinary courts), C-791/19, *Commission v Poland* (Disciplinary regime of judges), C-204/21, *Commission v Poland* (Independence and private life of judges), found that the relevant legislative measures violated in multiple instances multiple provisions of EU law and in particular Articles 19(1)(2) TEU and 47 CFREU (L. PECH, *The European Court of Justice's jurisdiction over national judiciary-related measures*, PE 747.369, April 2023; L. S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 2020).

In the context of three of these infringement actions, the Commission requested the application of interim measures under Article 279 TFEU as a further tool to address rule of law backsliding (G. GENTILE, D. SARTORI, *Interim measures as "weapons of democracy" in the European legal space*, in *European Human Rights Law Review*, 2023; G. D'AGNONE, *Interim Relief in Commission v Poland: the End Justifies the Means?*, in *Osservatorio europeo DUE*, 2017).

The Vice-President of the Court, on the one hand, ordered the suspension of the law and the restoration of the situation as it existed prior to the forced early retirement of judges of the Polish Supreme Court (case C-619/18 R), and on the other hand, ordered the immediate suspension of the activities of the Disciplinary Chamber of the Polish Supreme Court because it lacked the guarantees of independence and impartiality (case C-791/19 R). Following this last interim measure, the situation in Poland did not improve. Instead of asking the Court of Justice to impose a periodic penalty payment, the Commission decided to open a new infringement procedure, Case C-204/21 (see, L. PECH, *Protecting Polish Judges from Political Control: A brief analysis of the ECJ's infringement ruling in Case C-791/19 (disciplinary regime for judges) and order in Case C-204/21 R (muzzle law)*, in *verfassungsblog.de*, July 2021). In this latest action for failure to fulfil obligations, the Vice-Presidency of the Court adopted a further order for interim measures on 14 July 2021 (case C-204/21 R). That order was openly disregarded again on account of its alleged unconstitutionality by Polish authorities. On 27 October 2021, the Vice-President of the Court ordered Poland to pay a periodic penalty payment of EUR 1 million per day. Polish authorities however continued to violate order.

2. *The order of the Vice-President of the Court*

As is well known, the order's amendment or revocation can occur if a 'change in circumstances' has occurred. In this specific case, the change would have been represented by Poland's adoption of the Law of 9 June 2022 and certain decisions of the Supreme Court.

In the order under review, the Vice-President found Poland to be fully compliant and partially compliant in respect of several measures previously ordered by the Court.

Firstly, concerning the obligation to suspend the application of the provisions on the basis of which the Disciplinary Chamber has jurisdiction to adjudicate in cases relating to the status of judges of the Supreme Court and the performance of their office (in particular in cases relating to employment and social security law and in cases relating to the compulsory retirement of those judges), the order considers that Poland, by abolishing the Disciplinary Chamber, has 'fully' complied with the provisional measures (para. 27).

Secondly, on the obligation to suspend the effects of the decisions adopted by the Disciplinary Chamber which authorises the initiation of criminal proceedings against or the arrest of a judge, it was held that Poland has only 'partially' complied. Fulfilment would result from the introduction of a review in the case of non-final disciplinary decisions taken and the possibility of a reopening of proceedings in the case of final decisions taken. Fulfilment is considered partial since these instruments do not have the effect of suspending decisions already taken (para. 38).

Furthermore, concerning the obligation to suspend the application of the Polish provisions prohibiting national courts from verifying compliance with the EU requirements for an independent, impartial, and pre-established tribunal by law and the provisions imposing disciplinary sanctions if such verification takes place, the Vice-Presidency considers that there has been partial compliance. Warsaw did not remove the problematic provisions but introduced a new legal remedy for verifying compliance with these requirements, which can be exercised only on application by a party to the procedure concerned (para. 51 and paras 65 - 66).

According to the order, Poland also partially complied with the obligation to suspend the application of the Polish provisions establishing the exclusive jurisdiction of the Extraordinary Review and Public Affairs Chamber to examine complaints alleging lack of independence of a judge or of a court. The provisions remain in force, and the Vice-President submits that the or-

ders of the Supreme Court are not capable of establishing that the Extraordinary Review Chamber can no longer examine pending cases before it, nor that cases falling within the jurisdiction of that Chamber should no longer be referred to it by the ordinary courts (paras 80 and 85).

Also, about the obligation to refrain from referring cases concerning Polish judges to a court that does not meet the requirements of independence, it is considered that Poland has fully complied by abolishing the Disciplinary Chamber and that it is not possible to assess whether the Professional Liability Chamber and Extraordinary Review and Public Affairs Chamber to which the competence has been entrusted are independent and impartial (para. 99).

3. *Analysis: critical issues, contradictions, and paradoxes*

The order does not shine in terms of clarity and argumentation; on the contrary, it presents critical aspects, contradictions, and paradoxes.

The first critical aspect concerns the assessment made by the Vice-Presidency about the ‘change in circumstances’ required by Rule 163 of the Rules of Court. Both in the first order *Commission v Artedogan* (case C-440/01 P(R)), and most recently in *Czech Republic v Poland*, (case C-121/21 R), the Court clarified that ‘change in circumstances’ means the occurrence of any factual or legal element capable of calling into question the assessments of the judge hearing the application for interim measures as to the conditions to which the grant of a suspension or interim relief is subject. Although no cases clarify how such a change should be assessed, it is worth pointing out that it should be an assessment that is not so much formal as substantive. The fact that a State has adopted a law with the ‘intention’ to amend the ‘offending’ legislation is not enough. Adopting the law must, in substance, fulfil what was stated in the interim order. The Vice-Presidency doesn’t endeavour to make this argument, and the assessment does not appear to be thorough, but decidedly thin and contradictory.

To begin with, it is correct that the possibility for judges to request a review of sanctioning decisions was introduced, but it should have been observed more carefully that this is a lengthy and not immediate procedure with a dubious outcome. The interim measure required the immediate suspension of the effects of the decisions. So, it cannot be claimed that there has been any fulfilment, not even partial fulfilment!

Moreover, the ‘muzzle law’, harshly criticised by the Court and regarded as a deliberate attempt to ‘legalise’ the violation of its prior ruling in *AK* (L. PECH, *Doing Justice to Poland’s Muzzle Law: The Latest ECJ Judgment on Poland’s Rule of Law Breakdown*, in *verfassungsblog.de*, June 2023), is still in force in Polish law (M. TABOROWSKI, P. FILIPEK, “Mustard after lunch?” *The Polish Muzzle Law before the Court of Justice*, in *eulawlive.com*, July 2023) with Polish authorities having already indicated they will not comply with the latest ECJ ruling in a context where they no longer recognise as binding the rule of law-related judgments and interim measures adopted by the ECtHR as well (G. STAFFORD, J. JARACZEWSKI, *Taking European Judgments Seriously: A Call for the EU Commission to Take Into Account the Non-Implementation of European Court Judgments in its Rule of Law Reports*, in *verfassungsblog.de*, January 2022; M. FISICARO, *Safeguarding Judicial Independence (and Subsidiarity) Through Interim Measures: The New ECtHR’s Strategy at the Height of the Polish Constitutional Crisis*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022). This means that the judges who will decide on the re-examination of unlawfully suspended colleagues may themselves be liable to disciplinary sanctions not to forget that not all of the “judges” in the new Disciplinary Chamber (see below) are lawful judges. The problem, therefore, persists and takes on an even greater dimension.

As regards the Disciplinary Chamber, it has been disbanded. However, its competence has been entrusted, on the one hand, to a new Professional Liability Chamber - composed, again, in such a way as to still allow for a high degree of political influence, so much so that in the *Tuleya case* (Report ABA, November 2020) the ECtHR confirmed it is not a legitimate court and that it cannot lawfully adjudicate if it includes post-2018 “judges” - and, on the other hand, to the Extraordinary Control and Public Questions Chamber, whose members, as established in the preliminary ruling *WZ*, are appointed by a procedure that violates Article 19(1) TEU. (W. SADURSKI, *The European Commission Cedes its Crucial Leverage vis-à-vis the Rule of Law in Poland*, in *verfassungsblog.de*, June 2022).

It is precisely on this last aspect that the Vice-President makes an illogical and legally questionable argument. The order states that is not possible to assess the organisation and functioning of either the Professional Liability Chamber or the Extraordinary Review Chamber, since the Court did not take a position on these points when examining an action for failure to fulfil obligations (para. 95). It submits that such an assessment, the order states, would risk infringing the Court’s exclusive jurisdiction deriving from Articles 258 and 260 TFEU and the procedural rights of the State concerned (paras. 103-104).

This reasoning can be criticised on two main grounds. First, it is necessary to state the obvious: a new law necessarily introduces new elements that have not been challenged in the infringement procedure by the Commission and not yet scrutinised by the Court, but this cannot constitute a valid argument for not making an appropriate assessment that applies only for modification or withdrawal of the penalty payment. It is no coincidence that the term ‘change’ is used because the contingency comes later in time. Secondly, the task of the Vice-President is not to assess the compatibility with EU law of a national practice or legislation that was not the subject of the objections raised in the action for failure to fulfil obligations, but to assess, in substance (and not in form), whether the new measures adopted can comply with the interim measures. The interim measures under Article 279 TFEU that form part of infringement proceedings certainly have an instrumental link with the latter. In fact, the infringement proceedings aim to ascertain the existence of a breach by the State of its obligations under EU law. The interim measures included in the infringement procedure have the objective of preserving the interests involved and encouraging the State to take the necessary measures to resolve the breach. However, both procedures have a life of their own, especially when after the issuance of the order establishing provisional measures, the State requests a review of that measure. In particular, the Court of Justice, when giving final judgment on the infringement procedure, is not called upon to take into account the order (either the order imposing the penalty payment or the order modifying or revoking the penalty payment) of the Vice-President; the latter, in turn, when considering whether to modify the provisional measures, must take into account the change in circumstances (i.e. new elements of fact or law) which the Court, on the other hand, cannot take into account because, as is well known, the Court can rule on the situation crystallised in the reasoned opinion. Therefore, when following a periodic penalty payment, the State intervenes by introducing new national measures, the Vice-President must verify whether these measures are indeed appropriate in order to revoke or amend the penalty. If this were not the case, it would have a paradoxical effect: adopting a law that does not comply with interim measures would be enough to make the penalty cease, thus frustrating the tool of interim measures.

In support of this argument, the Vice-President inappropriately refers to the case *Commission v Portugal*. In this judgment, the Court dealt with issues related to the enforcement of Member States’ financial penalties, by Art. 260 TFEU, from the point of view of the scope of the Commission’s competencies and the division of competencies between the Court of Justice

and the General Court. In particular, the Court highlighted the lack of jurisdiction of the General Court to assess whether a national practice or legislation, not previously examined by the Court, could put an end to the offence sanctioned, and consequently rule on the quantum of the penalty due. (P. MORI, *Profili problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte di giustizia di condanna degli Stati membri ex art. 260 TFUE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015; M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La procedura di infrazione a dieci anni da Lisbona*, in *federalismi.it*, 2020). The case at hand, on the contrary, arises in the context of the interim measures under Art. 279 TFEU, where the task of the Vice-President is precisely to assess whether the change in circumstances has responded positively to the provisional measures and the penalty imposed can therefore be revoked or amended.

Lastly, although it cannot be considered a change in circumstances because it already existed, one cannot fail to mention the position taken by Poland's Constitutional Tribunal (PTC) concerning interim measures (case of 14 July 2021, P 7/20. See, A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Naples, 2023). In particular, the PTC declared *ultra vires* the interim order of 8 April 2020 (which had ordered the suspension of the activities of the Disciplinary Chamber because it was incompatible with the Polish Constitution) on the basis that the organization of the judiciary would be the exclusive competence of the State and the Union is bound to respect national law by Art. 4(2) TEU (P. BARD, N. CHRONOWSKI, Z. FLECK, *Use, Misuse, and Abuse of Constitutional Identity in Europe*, CEU DI Working Paper 2023/06; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione Europea. Natura e portata dell'art. 4 par. 2 TUE*, Naples, 2017). It even went so far as to affirm that the adoption of atypical interim measures, under Article 4(3) TEU and 279 TFEU, extends the jurisdiction of the EU Court beyond what is established by the Treaties, in conflict with the Rule of law and, in particular, with the principle of legality (N. PETERSEN, P. WASILCZYK, *The Primacy of EU Law and the Polish Constitutional Law Judgment*, PE 734.568, June 2022. See, relating the ECHR dimension, PTC's decisions K 6/21 and K 7/21 and the Report by the Secretary-General under Article 52 ECHR on the consequences of the decisions mentioned).

Poland uses this judgment as a rejoinder to contest the existence of the infringements alleged by the Commission in its infringement action and, on the other hand, asks for a review of the interim measures (connected with

the same infringement procedure) claiming that it has adapted itself. Paradoxical, but, judging by the Poland result, genial!

These are only some of the factual and legal reasons that should have served as a basis for an order rejecting Poland's request, which in any case would have ceased to have effect with the Court's judgment of 5 June 2023 (Art. 162(3) of the Rules of Procedure of the Court). This point should also be reflected upon. Whereas during the infringement procedure, Poland was obliged to pay a periodic penalty payment, following the final judgment establishing the infringements pursuant to Article 258 TFEU, Poland is no longer obliged to pay any penalty payment.

In conclusion, in a situation where all institutions should, by virtue of the principle of loyal cooperation, use all instruments at their disposal to fight against the deterioration of the Rule of Law, the Vice-President's shallow assessment is both factually and legally unconvincing.

RISARCIMENTO DEL DANNO IMMATERIALE A SEGUITO
DELLA VIOLAZIONE DEL REGOLAMENTO (UE) 2016/679:
LA SENTENZA ÖSTERREICHISCHE POST
DETERMINA UN CAMBIO DI PARADIGMA?

Andrea Lottini*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fatti della controversia. – 3. La ricevibilità del rinvio.
– 4. La sentenza della Corte: il primo quesito pregiudiziale. – 5. La terza que-
stione pregiudiziale. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

La risarcibilità del danno immateriale a seguito della violazione di una norma del regolamento (UE) 2016/679 sulla *privacy* non dipende dalla sussistenza del requisito della gravità, ma la quantificazione dello stesso è rimessa alle norme procedurali degli Stati membri.

Questo, in estrema sintesi, il contenuto fondamentale della sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 2023, relativa al caso *Österreichische Post (Préjudice moral lié au traitement de données personnelles)* – d’ora in poi solo *Österreichische Post*, instauratosi davanti ai giudici di Lussemburgo con numero di causa C-300/21.

La questione appare di grande interesse, in quanto – come sottolineato dall’avvocato generale Sánchez-Bordona nelle sue conclusioni – in vigenza della direttiva 95/46/CE, la Corte di giustizia non aveva mai avuto l’opportunità di pronunciarsi sul risarcimento del danno a fronte della violazione di una norma sulla *privacy* (conclusioni del 6 ottobre 2022, punto 2); opportunità che si è presentata nel caso in esame, relativamente all’art. 82 GDPR, che disciplina, per l’appunto, il diritto al risarcimento del danno per violazione del diritto alla protezione dei dati personali (per una più approfondita analisi di tale disposizione, v. J. KNETSCH, *The Compensation of Non-Pecuniary Loss in GDPR Infringement Cases*, in *Journal of European Tort Law*, special issue, 2020, pp. 63-70).

Come noto, l’obiettivo di bilanciare “*un livello coerente ed elevato di protezione delle persone fisiche*” con la rimozione degli “*ostacoli alla circola-*

* Università degli Studi di Napoli Federico II – 7 luglio 2023.

zione dei dati personali all'interno dell'Unione" è illustrato da subito nel regolamento 2016/679 (considerando 10). Tali finalità sono state ribadite dall'avvocato generale, il quale ha sottolineato l'importanza rivestita dai dati (personali e non) per il progresso economico e sociale in Europa, e ha evidenziato come il GDPR non miri a limitare sistematicamente il trattamento dei dati personali, ma a legittimarlo a condizioni rigorose, cercando di conciliare il diritto alla protezione di tali dati con gli interessi dei terzi e della società (v. i punti 81 e 82 delle conclusioni; *amplius*, sul diritto europeo dei dati, G. RESTA, *Pubblico, privato e collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2022, pp. 971-996). Il punto di equilibrio tra queste due esigenze dipende cioè molto dalla riconoscibilità o meno di una "soglia minima di gravità", al di sotto della quale un danno alla *privacy* non è risarcibile.

Nonostante l'assenza di pronunce da parte della Corte di giustizia in materia, la tematica era stata affrontata da alcune corti supreme degli Stati membri, come la Corte di Cassazione italiana nel 2021. Quest'ultima, in riferimento al Codice della privacy (d.lgs. n. 196/2003), aveva affermato che, quantunque tale violazione determini una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall'art. 8 CEDU, la risarcibilità del danno non patrimoniale non si sottrae alla verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno" (ordinanza del 10 giugno 2021, I sez. civ., n. 16402/21).

Mentre alle medesime conclusioni è pervenuto, per l'appunto, l'avv. gen. Sánchez-Bordona, il giudice dell'Unione si è pronunciato in senso diametralmente opposto, ritenendo risarcibile qualunque danno cagionato da una violazione di una norma del regolamento, a prescindere dalla gravità dello stesso.

Non vi è dubbio che tale decisione darà origine ad ampie discussioni in dottrina e in giurisprudenza sul c.d. *private enforcement* in tema di trattamento dei dati personali. Per questo motivo, con la presente nota si intendono richiamare le motivazioni del recente arresto della Corte di giustizia e il suo possibile impatto in materia di risarcimento del danno per violazione del diritto alla *privacy* tutelato dal regolamento (UE) 2016/679.

2. I fatti della controversia

Prima di passare ad esaminare più attentamente la sentenza, è utile ricordare brevemente i fatti all'origine della controversia.

La *querelle* vede protagonista la Österreichische Post, una società di diritto austriaco che, dal 2017, pratica la vendita di indirizzi ed ha raccolto informazioni sulle affinità politiche della popolazione e un cittadino austriaco (“UI”). La società, con l’ausilio di un algoritmo, aveva accostato UI ad un determinato partito politico, ma questi ha lamentato di essersi “sentito offeso dal fatto che gli era stata attribuita un’affinità con il partito in questione” (punto 12 della sentenza). Inoltre, ha contestato la conservazione di dati relativi alle sue presunte opinioni politiche, in quanto “avrebbe suscitato in lui una grave contrarietà, una perdita di fiducia, nonché un sentimento di umiliazione” (*ibidem*). Per tali motivi ha proposto ricorso dinanzi al Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Tribunale del Land in materia civile di Vienna, Austria). Il ricorso era volto, da un lato, ad ingiungere alla Österreichische Post di cessare il trattamento dei dati personali in questione e, dall’altro, a ottenere una condanna della società al pagamento di una somma di EUR 1 000 a titolo di risarcimento del danno immateriale che egli affermava di aver subito. Con sentenza del 14 luglio 2020, tale giudice ha accolto la domanda inibitoria, ma ha respinto quella di risarcimento.

Il giudice di appello, a seguito dell’impugnazione, ha sostanzialmente confermato la decisione di primo grado. Il Tribunale superiore del Land di Vienna ha tuttavia ritenuto che il GDPR non contenga norme speciali e sia da integrare con le disposizioni austriache in tema di responsabilità di civile. Queste ultime prevedono, per la risarcibilità del danno immateriale, la necessaria dimostrazione che esso superi una certa “soglia di gravità”. Pertanto, i semplici sentimenti negativi invocati dal ricorrente non sono stati considerati sufficienti.

Entrambe le parti si sono rivolte alla Corte suprema austriaca, la quale ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato dalla Österreichische Post e in relazione a quello proposto da UI, inerente al rifiuto della richiesta di risarcimento, ha sospeso il giudizio ed ha effettuato un rinvio alla Corte di giustizia, formulando tre questioni pregiudiziali.

Con la prima ha chiesto se, per ottenere un risarcimento ai sensi dell’articolo 82 GDPR, sia sufficiente una semplice violazione del regolamento o se sia necessario dimostrare di aver subito un danno. Con la seconda ha domandato se ci sono altre prescrizioni all’interno del diritto dell’Unione, oltre ai principi di effettività e di equivalenza, che consentano il calcolo di un eventuale danno. Con l’ultima, ha posto il problema del superamento o meno della soglia di gravità, al fine dell’ottenimento del risarcimento per danno immateriale.

3. *La ricevibilità del rinvio*

UI ha poi cercato di far dichiarare l'irricevibilità delle prime due questioni pregiudiziali, ritenendo la prima meramente ipotetica, in quanto la sua domanda non era basata sulla "mera" violazione di una norma, e la seconda troppo ampia ed imprecisa, senza riferimento a puntuali prescrizioni di diritto dell'Unione.

In merito alla prima eccezione, va rilevato che è ormai acquisito che la Corte di giustizia possa escludere una questione pregiudiziale quando essa è puramente ipotetica o non obiettivamente necessaria a risolvere la controversia e in ogni caso quando è assente un collegamento sufficiente con l'oggetto della causa. (v. G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, III ed., Napoli, 2021, p. 459; cfr. anche le sentenze del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, punto 61; del 7 settembre 1999, causa C-355/97, *Beck e Bergdorf*, punto 22, nonché del 5 maggio 2022, causa C-567/20, *Zagrebačka banka*, punto 43). Tuttavia, muovendo dal presupposto che le questioni sottoposte alla Corte godono di una presunzione di rilevanza, il giudice dell'Unione ha ritenuto ricevibile la prima questione, giacché "non risulta priva di ogni legame con l'oggetto della controversia" (punto 24 della sentenza).

Anche la seconda questione pregiudiziale è stata considerata ricevibile, sebbene il ricorrente ritenesse che il riferimento ad "altre prescrizioni del diritto dell'Unione" fosse eccessivamente vago ed impreciso per rendere ammissibile il quesito pregiudiziale. Infatti, la sentenza ha applicato la consolidata giurisprudenza dell'Unione secondo cui il semplice fatto che la Corte si trovi ad affrontare una questione in termini astratti e generali non può comportare l'irricevibilità di una domanda di pronuncia pregiudiziale (sentenza del 15 novembre 2007, causa C-162/06, *International Mail Spain*, punto 24), se la decisione di rinvio contiene un minimo di spiegazioni che consentano di stabilire un nesso tra tale questione e la controversia in atto (si veda, in tal senso, la sentenza dell'8 luglio 2021, causa C-295/20, *Sanresa*, punti 69 e 70). Tali spiegazioni minime sono state fornite dal giudice nazionale e la Corte del Lussemburgo non è stata privata della sua capacità di fornire un'interpretazione utile delle norme pertinenti del diritto dell'Unione.

Dunque, ritenendo ricevibili le questioni pregiudiziali formulate dal giudice del rinvio, la Corte si è pronunciata sul merito.

4. *La sentenza della Corte: il primo quesito pregiudiziale*

Passando ad analizzare la prima questione pregiudiziale, ovvero se per il diritto al risarcimento, di cui all'art. 82 GDPR, sia sufficiente una mera violazione del regolamento o sia necessaria la dimostrazione di un danno, materiale o immateriale, nei confronti dell'interessato, la soluzione appare facile. Difatti, una mera interpretazione letterale della norma rende percorribile un'unica strada, giacché l'art. 82 ben chiarisce che “chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha diritto a ottenere il risarcimento (...)”. Vale a dire che il danno, il nesso di causalità e la violazione di una disposizione del regolamento sono le tre condizioni necessarie ai fini del diritto al risarcimento.

A supporto di tale interpretazione – la Corte ha specificato – concorrono le precisazioni fornite nel considerando 146 che esplicitamente fa riferimento, nella sua prima frase, a “chiunque subisca un danno (...) causato da una violazione [di detto] regolamento”; nonché nei considerando 75 e 85 che prevedono, rispettivamente, che “[i] rischi (...) possono derivare da trattamenti di dati personali suscettibili di cagionare un danno” e che una “violazione dei dati personali può (...) provocare danni”.

Inoltre, il giudice dell'Unione ha sottolineato che, ai fini del risarcimento, è necessario dimostrare il nesso di causalità tra tale danno e detta violazione. E ha notato poi che, se la violazione fosse di per sé sufficiente ad ottenere un risarcimento, allora la menzione separata del danno all'interno della norma non avrebbe senso e determinerebbe un'inutile ridondanza legislativa.

Infine, seguendo il ragionamento dell'avvocato generale Sánchez-Bordona, la Corte ha giustificato la scelta di non ritenere sufficiente, ai fini del risarcimento, la mera violazione di una disposizione anche alla luce di un'interpretazione di tipo contestuale. Infatti, il GDPR si struttura secondo una tutela bivalente: da un lato, quella privatistica, che consente ai singoli di ottenere il risarcimento dei danni alla privacy eventualmente subiti; dall'altro, l'attività di controllo delle autorità competenti, disciplinata dall'art. 83, che consente ad esse di imporre sanzioni ai soggetti giuridici che violano il regolamento (per un'analisi del sistema sanzionatorio del GDPR, W. PRESTHUS, K. F. SØNSLIEN, *An Analysis of Violations and Sanctions Following the GDPR*, in *International Journal of Information Systems and Project Management*, vol. 9, n. 1, 2021, pp. 38–53).

A tal riguardo, la Corte ha ripreso sinteticamente il ragionamento seguito dall'avvocato generale, il quale ha ben chiarito che una risarcibilità del

danno basata sulla mera violazione di una disposizione del regolamento sarebbe giustificabile solo in due ipotesi: ritenendo possibile un risarcimento senza danno, oppure alternativamente, considerando che il danno sia presunto nella violazione del regolamento.

La prima ipotesi sarebbe possibile solo nel caso in cui si ritenga l'art. 82 norma di natura sanzionatoria. Questo perché, anche se non usuale, è tuttavia possibile che una norma sul risarcimento abbia funzione punitiva, come avviene nel diritto anglosassone per i *punitive damages*. Rinvenendo nell'art. 82 tale finalità, si potrebbe teoricamente riconoscere un diritto al risarcimento pur in assenza totale di danno alla sfera giuridica dell'interessato.

A bene vedere, però, tale lettura non risulta applicabile all'art. 82: né se si adotta un'interpretazione letterale, perché non vi è alcun riferimento di tale genere nel testo della norma, né seguendo un'interpretazione storica della disposizione, poiché dai lavori preparatori o dalla precedente normativa non emerge alcun riferimento di tale genere. Tantomeno potrebbe ritenersi che tale funzione sanzionatoria derivi da un'interpretazione di tipo contestuale dell'art. 82. Anzi, effettuando tale indagine, si desume che la funzione sanzionatoria e quella risarcitoria all'interno del GDPR debbano tenersi necessariamente distinte e separate. A tal riguardo, si ricordi che il regolamento permette ai privati, oltre che di attivarsi attraverso l'art. 82, di fare reclamo alle autorità di controllo di cui all'art. 77 (rubricato "Diritto di proporre reclamo all'autorità di controllo" e che recita: "1. *Fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o giurisdizionale, l'interessato che ritenga che il trattamento che lo riguarda violi il presente regolamento ha il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo, segnatamente nello Stato membro in cui risiede abitualmente, lavora oppure del luogo ove si è verificata la presunta violazione. 2. L'autorità di controllo a cui è stato proposto il reclamo informa il reclamante dello stato o dell'esito del reclamo, compresa la possibilità di un ricorso giurisdizionale ai sensi dell'articolo 78*). La possibilità per i privati di ottenere un risarcimento "punitivo" attraverso l'art. 82, li indurrebbe probabilmente a rinunciare ad utilizzare lo strumento del reclamo previsto dal regolamento e priverebbe dunque le autorità di controllo di un potente strumento attraverso cui conoscere eventuali violazioni della normativa.

Anche per questo motivo, oltre a non essere giustificabile secondo un'interpretazione sistematica, non è neanche auspicabile che venga riconosciuta una funzione sanzionatoria all'art. 82 e si deve quindi escludere possa sussistere un risarcimento senza danno.

Ne consegue che rimane plausibile una sola risposta al primo quesito pregiudiziale: per ottenere il riconoscimento del diritto di cui all'art. 82 è

necessaria, oltre alla violazione di una disposizione, la produzione di un danno che sia collegato da un nesso eziologico a tale violazione.

Su questo punto, Corte e avv. generale sono pienamente concordi.

Cosicché, il giudice di Lussemburgo risponde alla prima questione pregiudiziale, affermando che, ai fini della risarcibilità di un danno a seguito della violazione del regolamento è necessaria la presenza di tre requisiti: (i) violazione del GDPR, (ii) esistenza di un danno e (iii) nesso di causalità tra tale violazione e la produzione del danno (anche se la sentenza si riferisce ad una controversia tra privati, può certamente richiamarsi per analogia la sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, spec. punto 40; nonché, per considerazioni più ampia sulla responsabilità extracontrattuale, F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012 e, più di recente, *Noterelle sulla recente prassi interna in tema di responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, in *DPCE online*, n. 4, 2017, p. 863 ss.).

Tale interpretazione, secondo la Corte, funge da protezione contro l'avvio di azioni pretestuose, eventualmente formulate in modo indiscriminato per ottenere risarcimenti senza aver subito alcun danno. E, se l'obiettivo è (anche) quello di creare uno "scudo" contro indebite *fishing expeditions*, allora ancor più controversa risulta la soluzione offerta al terzo quesito pregiudiziale, relativo al requisito della "gravità" del danno.

5. La terza questione pregiudiziale

La risposta al terzo quesito, come anticipato nel primo paragrafo, è di segno negativo.

È necessario a questo punto analizzare i motivi che hanno spinto la Corte di giustizia a prendere questa decisione, che si pone in senso diametralmente opposto alle soluzioni offerte da alcune corti supreme nazionali e dall'avvocato generale Sánchez-Bordona.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte richiama quanto da essa dichiarato nella risoluzione della prima questione pregiudiziale, ossia che il concetto di "danno immateriale" di cui tratta l'art. 82, debba considerarsi nozione da interpretarsi in modo autonomo ed uniforme all'interno diritto UE, in quanto il GDPR non opera alcun rinvio agli ordinamenti interni (ciò per giurisprudenza costante: si vedano le sentenze del 22 giugno 2021, causa C-439/19, *Latvijas Republikas Saeima* (Punti di penalità), punto 81, e del 10 febbraio 2022, causa C-595/20, *ShareWood Switzerland*, punto 21). Questa

interpretazione deve essere effettuata tenendo conto dei termini di tale disposizione e del contesto in cui si inserisce (v., in tal senso, sentenze del 15 aprile 2021, causa C-786/19, *The North of England P & I Association*, punto 48, nonché del 10 giugno 2021, causa C-65/20, *KRONE – Verlag*, punto 25).

Pertanto, per individuare il concetto di danno materiale o immateriale, risarcibile ai sensi dell'art. 82, occorre far riferimento al considerando 146 il quale evidenzia che “*il danno dovrebbe essere interpretato in senso lato, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia in modo tale da rispecchiare pienamente gli obiettivi del regolamento*”. In particolare, la Corte ha ritenuto che tale concezione ampia della nozione di danno sarebbe contraddetta se la si circoscrivesse ai danni di una certa gravità. A sostegno di ciò ha evidenziato come, se così non fosse, non si potrebbero realizzare gli obiettivi del regolamento, esplicitati dal considerando 10 che stabilisce la necessità di assicurare “*un livello coerente ed elevato di protezione*” e a tal fine garantire un'applicazione del regolamento il più possibile “*omogenea e uniforme*”.

In altri termini, secondo la Corte, subordinare il riconoscimento del risarcimento di un danno immateriale a una certa soglia di gravità, rimettendo di fatto la questione alla libera interpretazione dei giudici nazionali, nuocerebbe alla coerenza dell'intero sistema istituito dal GDPR.

Invero, anche l'avvocato generale aveva posto al centro del suo ragionamento il considerando 146 ma, a differenza della Corte, aveva evidenziato l'esigenza, in assenza di sentenze sulla definizione del danno immateriale risarcibile per violazione della *privacy*, di far riferimento a sentenze sulla responsabilità civile riferite ad altre materie. In tale ottica, guardando alla risarcibilità dei danni immateriali derivanti da sinistri stradali, occorre ricordare che la Corte di giustizia aveva giudicato compatibile con i principi dell'Unione una disciplina nazionale che preveda diversi limiti alla risarcibilità di tali danni a seconda della causa che li ha determinati (sentenza del 23 gennaio 2014, causa C-371/12, *Petillo*). Pertanto, aveva implicitamente riconosciuto la legittimità di una legislazione nazionale che, in una determinata materia, escludesse il risarcimento dei danni immateriali di lieve entità. Ciò anche in considerazione del fatto che tale soluzione renderebbe coloro che trattano i dati eccessivamente esposti a rivendicazioni (anche spropositate) da parte delle persone fisiche, finendo così con l'ostacolare un altro obiettivo fondamentale del regolamento, ossia la circolazione dei dati (personali) all'interno dell'Unione (sulle implicazioni privatistiche della circolazione dei dati personali, V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, 2020, p. 642).

D'altro canto, per evitare di rimettere alla discrezionalità dei giudici nazionali la fissazione di una soglia di gravità e, dunque, di rendere disomogenea la relativa tutela e difficoltoso ottenere un “livello elevato e coerente di protezione” (così come richiesto dal considerando 10, cit.), la Corte ha negato la necessità di tale requisito.

Prima di giungere alle conclusioni, è necessario esaminare brevemente la risposta data dalla Corte alla seconda questione pregiudiziale. Con essa, si rammenta, il giudice del rinvio ha chiesto, in sostanza, se per il calcolo del danno risarcibile ai sensi dell'art. 82 GDPR ci siano altre disposizioni dell'Unione da tenere in considerazione, oltre ai principi di equivalenza e di effettività. La questione non è particolarmente problematica ed infatti Corte e avv. gen. hanno offerto la medesima soluzione: per la determinazione del *quantum* del risarcimento si devono osservare le disposizioni di diritto interno, sempre rispettando i suddetti principi.

La Corte è pervenuta a tale soluzione abbastanza agevolmente. Invero, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che in virtù del principio di autonomia processuale, ai fini della determinazione dell'importo dovuto a titolo di risarcimento si devono applicare le norme di diritto interno, a condizione che si rispettino i principi di equivalenza ed effettività (sentenze del 3 giugno 2021, causa C-910/19, *Bankia*, punto 46 e del 10 giugno 2021, cause riunite da C-776/19 a C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*, punti 27 e 28; sul punto, cfr. anche F. FERRARO, voce *Responsabilità dello Stato [dir. UE]*, in *Enciclopedia Treccani online* (treccani.it), 2014, par. “L'autonomia procedurale degli Stati membri”).

6. Conclusioni

La sentenza in esame può considerarsi un passo in avanti verso una maggiore tutela dei dati personali all'interno dell'Unione. È chiaro come lo snodo interpretativo di maggior interesse sia rappresentato dalla scelta di ritenere risarcibile ogni danno immateriale, contrariamente a quanto sostenuto da buona parte di dottrina e giurisprudenza.

Volendosi poi ricollegare a quanto detto in premessa, ovvero alla necessità di individuare un punto di equilibrio tra esigenza di tutela dei dati personali e di circolazione di essi nell'UE, si può ritenere che la sentenza *Österreichische Post* abbia spostato l'ago della bilancia maggiormente verso la prima.

Resta da chiedersi se questo “sbilanciamento” avrà delle ripercussioni

preoccupanti per il funzionamento dell'intero sistema istituito dal GDPR. Non si può certo negare, difatti, che la previsione di una tutela così estesa possa riflettersi sullo svolgimento delle attività di trattamento dati, per il pericolo di una continua esposizione ad azioni di risarcimento (sui compiti attribuiti ai responsabili della protezione dei dati, M. C. GAETA, *Hard law and soft law on data protection: what a DPO should know to better perform his or her tasks*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, n. 2, 2019, pp. 61-78). Probabilmente a livello pratico molto dipenderà, ancora una volta, dall'applicazione che i giudici nazionali faranno della disciplina dell'Unione. Invero, quest'ultimi potrebbero interpretare in modo restrittivo i tre elementi indispensabili enunciati dalla Corte (violazione, danno e nesso causale) per ottenere il risarcimento in relazione ai danni immateriali. In tale settore, la discrezionalità dei giudici nazionali rimane ampia e nulla esclude che tale spazio di manovra possa essere oggetto di nuove pronunce chiarificatrici da parte della Corte di giustizia.

LA CORTE DI GIUSTIZIA RIMUOVE GLI OSTACOLI PRATICI
ALLA PRESENTAZIONE DI UNA DOMANDA
DI RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE:
BREVI RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA *AFRIN*

Francesca Maoli*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti all’origine del rinvio pregiudiziale. – 3. L’analisi della normativa nazionale di attuazione della direttiva 2003/86/CE alla luce degli obiettivi della disciplina europea e dei diritti fondamentali. – 4. Il ricongiungimento familiare e la prospettiva dei diritti dei minorenni: l’atteggiamento coerente della Corte di giustizia.

1. *Introduzione*

Nell’interpretare la normativa europea in materia di libera circolazione e soggiorno nel territorio dell’Unione, la Corte di giustizia si è sempre attestata su una posizione volta a limitare il più possibile gli ostacoli che potrebbero derivare da una applicazione rigorosa del diritto degli Stati membri, nel momento in cui questi ultimi sono chiamati ad attuare, interpretare ed applicare il diritto derivato. Ne è un esempio la (ormai ben nota) sentenza con cui la Corte ha ritenuto non strettamente necessaria l’esibizione di un documento di identità da parte di un cittadino europeo, al fine di poter esercitare il diritto di uscita, ingresso e soggiorno di breve durata ai sensi della direttiva 2004/38/CE (sentenza della Corte del 17 febbraio 2005, causa C-215/03, *S. Oulane*).

Nella sentenza *Afrin*, resa dalla Corte di giustizia il 18 aprile 2023 (causa C-1/23 PPU), il medesimo approccio è esteso all’ambito delle procedure per la presentazione di una domanda di ricongiungimento familiare in favore di cittadini di paesi terzi, ai sensi della direttiva 2003/86/CE. In particolare, la Corte ha stabilito che le autorità di uno Stato membro non possono rifiutarsi di ricevere una domanda di ingresso e di soggiorno per motivi di ricongiungimento familiare, per la sola ragione che tale domanda non è stata presentata di persona presso una sede diplomatica competente.

* RTDA in diritto internazionale nell’Università degli Studi di Genova – 30 maggio 2023.

Invero, la necessità di rimuovere gli ostacoli (anche) di natura pratica all'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare risulta opportunamente giustificata dalla posizione e dalla rilevanza che il diritto in questione assume nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (*ex multis* A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Milano, 2021, p. 52 ss.; A. DI STASI, *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006; S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2022). Inizialmente correlato all'obiettivo di facilitare la libertà di circolazione e soggiorno dei lavoratori europei, esso si è successivamente esteso anche a tutti i titolari della cittadinanza europea (il cui *status* garantisce di per sé il diritto alla libera circolazione: sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 2003, causa C-413/99, *Baumbast*), nonché ai cittadini di Stati terzi, risultando maggiormente finalizzato a garantire il diritto fondamentale al rispetto della vita familiare. È proprio alla luce di tale diritto, nonché del principio del superiore interesse del minore, che la sentenza in esame risulta particolarmente meritevole nel perseguire l'effettività del ricongiungimento familiare, che prevale sulla rigida applicazione del diritto nazionale che ne disciplina le procedure amministrative.

2. *I fatti all'origine del rinvio pregiudiziale*

Nel caso in esame, il signor Y, cittadino siriano, aveva ottenuto lo *status* di rifugiato in Belgio. Successivamente, attraverso una doppia istanza fatta pervenire via *e-mail* e per mezzo posta, la moglie e i figli minorenni del signor Y avevano presentato all'*Office des étrangers* belga una domanda di ricongiungimento familiare, allegando la sussistenza di condizioni eccezionali che impedivano loro di recarsi di persona presso una sede diplomatica belga come richiesto dalla normativa nazionale. Più precisamente, tali circostanze consistevano nel fatto che la regione di Afrin si trovava sotto l'effettivo controllo della Turchia: pertanto, risultava impossibile ai ricorrenti lasciare la città di residenza. Tuttavia, l'ufficio rispondeva che, secondo la legge belga, non era possibile presentare una domanda di ingresso e soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare per mezzo di posta elettronica o ordinaria, essendo in ogni caso necessario recarsi fisicamente presso la rappresentanza

diplomatica o consolare belga competente. Ciò per consentire il rilevamento dell'identità personale mediante gli appositi identificatori biometrici. Da qui l'avvio del procedimento giurisdizionale dinanzi al giudice belga, che effettivamente constatava la sussistenza delle sopradescritte circostanze eccezionali. Il giudice riteneva quindi opportuno rivolgersi alla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, per valutare la compatibilità di una normativa nazionale come quella in questione con l'art. 5, par 1, della direttiva 2003/86/CE e con gli art. 23 e 24 della direttiva 2011/95/UE (c.d. direttiva qualifiche).

La Corte di giustizia ha preliminarmente accolto l'istanza di applicare il procedimento pregiudiziale d'urgenza (art. 107, par. 1, del regolamento di procedura della Corte), in ragione del fatto che i figli minorenni coinvolti nella vicenda risultavano separati dal padre da più di tre anni. Di conseguenza, era necessario procedere con urgenza per non compromettere seriamente i futuri rapporti tra il genitore e i figli (C. PESCE, *Diversità, limiti e prospettive dei procedimenti pregiudiziali accelerati e d'urgenza dinanzi alla Corte di giustizia UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 309; C. HONORATI, *Il nuovo procedimento pregiudiziale d'urgenza per i rinvii relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 625).

3. *L'analisi della normativa nazionale di attuazione della direttiva 2003/86/CE alla luce degli obiettivi della disciplina europea e dei diritti fondamentali*

L'importanza della pronuncia in esame è resa evidente dalla stessa Corte di giustizia, nel momento in cui ha deciso di statuire sulla domanda nonostante la sopravvenuta decisione del governo belga di autorizzare in via eccezionale i ricorrenti a presentare la loro richiesta senza dover comparire personalmente. Secondo la Corte, questa circostanza non fa venir meno l'oggetto della domanda di rinvio pregiudiziale. Infatti, con la sopracitata comunicazione, le autorità belghe non hanno inteso accettare la prima domanda di ricongiungimento, ma hanno incoraggiato i ricorrenti a presentarne una nuova. Questa distinzione, secondo la Corte, ha conseguenze giuridiche: infatti, l'art. 5, par. 4 della direttiva 2003/06/CE prescrive alle autorità nazionali competenti di comunicare la loro decisione sulla domanda di ricongiungimento non appena possibile e comunque entro nove mesi dalla data di

presentazione. La risposta alla questione pregiudiziale si dimostrava, dunque, necessaria per la risoluzione del procedimento principale.

Inoltre, la Corte di giustizia ha riformulato il quesito proposto dal giudice del rinvio; difatti, non ha considerato pertinente il richiamo alle disposizioni della direttiva 2011/95/UE. Ed ha ritenuto necessario valutare la normativa belga alla luce dell'art. 5, par. 1, della direttiva 2003/86/CE, in combinato disposto con l'art. 7 e l'art. 24, par. 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Opportunamente, la Corte ha riconosciuto che una situazione come quella del caso di specie ha un impatto sul diritto al rispetto della vita privata e familiare e impone una valutazione circa il rispetto del superiore interesse dei minorenni coinvolti, oltre che incidere sul diritto di questi ultimi di intrattenere regolarmente relazioni personali con entrambi i genitori.

Nel merito, la Corte di giustizia ha osservato innanzitutto che l'obiettivo della direttiva 2003/86/CE è quello di favorire il ricongiungimento familiare e di accordare una protezione ai cittadini di paesi terzi, soprattutto ai minori (sentenza *Afrin*, cit., punto 42). In questo contesto, una particolare attenzione deve essere riservata ai soggetti che abbiano ottenuto lo *status* di rifugiato (sentenza *Afrin*, cit., punto 43). Peraltro, come emerge dal considerando 2 della direttiva, è necessario interpretare il testo in maniera conforme ai diritti fondamentali che l'ordinamento dell'Unione riconosce e tutela (sentenza della Corte del 16 luglio 2020, cause riunite C-133/19, C-136/19 e C-137/19, *B. M. M. e a. c. État belge*). Anche la normativa nazionale di attuazione della direttiva 2003/86/CE deve essere interpretata alla luce degli standard di tutela dei diritti umani; così, benché la direttiva lasci agli Stati membri un margine di discrezionalità – specificatamente sulla persona autorizzata a presentare una domanda di ricongiungimento e sulle autorità competenti per registrare una siffatta domanda – non è possibile che questi, nell'esercizio delle loro competenze, pregiudichino gli obiettivi della direttiva e l'effetto utile della stessa.

Alla luce di quanto sopra esposto, la Corte di giustizia ha individuato i punti di debolezza della legge belga di attuazione della direttiva 2003/86/CE; invero, il problema non giace tanto nel generale obbligo per i familiari del soggiornante di presentarsi presso una rappresentanza diplomatica o consolare belga competente, ma nell'assenza di qualsiasi eccezione a tale requisito di comparizione personale. In particolare, il diritto belga non prevede deroghe neanche per l'ipotesi in cui i soggetti interessati vivano in zone di conflitto e rischino di esporsi a trattamenti inumani, degradanti o

addirittura possano mettere in pericolo la propria vita. Al contrario, è indispensabile che gli Stati membri “diano prova, in simili situazioni, della flessibilità necessaria per consentire agli interessati di presentare effettivamente la loro domanda di ricongiungimento familiare in tempo utile, facilitando la presentazione di tale domanda” (sentenza *Afrin*, cit., punto 51).

La Corte ha osservato che l’assenza di flessibilità produce due ordini di conseguenze. In primo luogo, per non esporsi ai rischi sopra descritti, è possibile che i soggetti interessati siano costretti ad attendere che la situazione di sicurezza consenta loro di spostarsi per raggiungere le sedi diplomatiche e, dunque, potrebbe non essere rispettato il termine previsto dall’art. 12, par. 1, terzo capoverso della direttiva 2003/86/CE. Conseguentemente, il ricongiungimento familiare potrebbe essere soggetto alle condizioni supplementari previste dall’art. 7 della stessa direttiva, in contrasto con l’obiettivo della stessa di tenere in particolare considerazione la situazione dei rifugiati.

In secondo luogo, vi è l’evidente impatto sulle relazioni familiari, in quanto si protrae la separazione tra il soggiornante nel territorio dell’Unione europea e i familiari che intendono raggiungerlo. Risulta una compressione dell’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali, nonché dell’art. 24, parr. 2 e 3 in presenza di soggetti minorenni coinvolti. Questa ingerenza non rispetta i requisiti previsti dall’art. 52, par. 1, della Carta, in quanto è sproporzionata rispetto all’obiettivo, ancorché legittimo, di monitorare l’identità dei richiedenti e contrastare le frodi connesse al ricongiungimento familiare.

La Corte di giustizia ha confermato poi la necessità di interpretare le norme di diritto derivato dell’Unione sulla base del loro contesto e degli scopi da esse perseguite (come già affermato a partire dalla sentenza della Corte del 17 novembre 1983, causa C-292/82, *Merck*). Nello svolgere questo compito, il giudice di Lussemburgo non è andato oltre ai margini di competenza del diritto dell’Unione europea e ha dimostrato di non ingerirsi nel margine di discrezionalità che la direttiva 2003/86/CE riserva agli Stati membri. Infatti, l’interpretazione del diritto derivato non ha (e non potrebbe avere) come conseguenza l’illegittimità del requisito di presentare personalmente la domanda di ricongiungimento familiare. È piuttosto l’assenza di flessibilità che accompagna tale prescrizione a costituire oggetto di critica da parte dei giudici europei, pur trattandosi di rilievi indiretti che discendono da una interpretazione del diritto dell’Unione alla luce degli obiettivi sottesi all’atto normativo e dei diritti fondamentali. Per garantire la compatibilità della legge interna di attuazione con gli obiettivi della direttiva 2003/86/CE e soprattutto con i diritti fondamentali, sarebbe sufficiente l’introduzione di

alcune eccezioni o correttivi. Ad ulteriore riprova della rigidità della normativa belga, la Corte ha ricordato che la procedura per la domanda di ricongiungimento familiare si svolge per fasi e, se si consentisse la comparizione personale degli interessati in un momento successivo rispetto all'avvio del procedimento, risulterebbe comunque salvaguardato l'obiettivo di contrastare le frodi alla legge.

4. *Il ricongiungimento familiare e la prospettiva dei diritti dei minorenni: l'atteggiamento coerente della Corte di giustizia*

La sentenza in commento conferma la rilevanza dei diritti fondamentali dell'individuo nel contesto delle procedure per il ricongiungimento familiare, sotto diverse prospettive.

In primo luogo, vi è il diritto al rispetto della vita familiare e a che sia salvaguardata l'unità della famiglia: tale diritto spetta in generale a tutti gli individui, ma trova una significativa enfasi nel momento in cui è coinvolta una persona minorenni, come risulta dal combinato disposto dell'art. 7 e dell'art. 24, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Con specifico riferimento alla direttiva 2003/86/CE, la Corte di giustizia si è pronunciata in diverse occasioni sul punto, a partire dalla sentenza del 12 aprile 2018, causa C-550/16, *A e S c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (si veda S. NICOLOSI, *Shedding Light on the Protective Regime for Unaccompanied Minors under the Family Reunification Directive: The Case of A and S*, in *europenpapers.eu*, 2018, p. 1493 ss.). Inoltre, il dovere degli Stati membri di garantire il mantenimento dell'unità familiare ha già consentito alla Corte di ovviare ad alcune disfunzionalità del sistema europeo comune di asilo (si veda la sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, causa C-483/20, *XXXX c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*).

In secondo luogo, vi è la prospettiva (strettamente correlata alla prima) del superiore interesse del minore. Il recepimento nell'art. 24, par. 2 della Carta del principio già sancito dalla Convenzione di New York del 1989 sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza ha permesso alla Corte di giustizia di rafforzare il rispetto di questo parametro (anche) nel contesto del ricongiungimento familiare, che pure è espressamente contemplato dall'art. 10 della stessa Convenzione (A. ADINOLFI, *Tutela degli interessi del minore e normativa dell'Unione europea sul ricongiungimento familiare*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, p. 1261 ss.; V. DI COMITE, *Ricongiungimento familiare e diritto di soggiorno dei familiari di*

cittadini dell'Unione alla luce del superiore interesse del minore, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 165 ss.).

La decisione in esame va ad integrare una corposa giurisprudenza della Corte di giustizia che valorizza il rispetto di questo principio in svariate questioni che attengono al ricongiungimento. Infatti, gli orientamenti espressi di giudici di Lussemburgo risultano costantemente orientati alla salvaguardia del superiore interesse della persona minore di età e ciò è particolarmente evidente quando sono coinvolti minori non accompagnati, ma – come si osservava poc'anzi – il comune denominatore risulta essere la focalizzazione sul diritto all'unità della famiglia. Oltre alla già citata sentenza *A. e S.*, si è ad esempio sottolineata in diverse occasioni la necessità di riconoscere determinati *status* familiari al (solo) fine di rispettare il diritto al ricongiungimento familiare (si veda, con riguardo alla nozione di “discendente diretto” di cui all'art. 2, par. 2, lett. c) della direttiva 2004/38/CE, la sentenza della Corte del 26 marzo 2019, causa C-129/18, *SM c. Entry Clearance Officer*; si veda G. PASCALE, *Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e kafala islamica nella sentenza M.S. della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 795 ss.). Ancora, ampi e diffusi riferimenti all'interesse superiore del minore si rinvengono nella giurisprudenza della Corte nell'ambito dei trasferimenti “Dublino” (sentenza della Corte del 6 giugno 2013, causa C-648/11, *Ma e a.*; del 1° agosto 2022, causa C-720/20, *RO c. Bundesrepublik Deutschland*; del 1° agosto 2022, causa C-19/21, *I e S c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*; sentenza XXXX, cit.) o nel contesto dell'interpretazione della direttiva 2008/115/CE (cd. direttiva rimpatri, sentenza della Corte del 14 gennaio 2023, causa C-441/19, *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*; si veda il commento di R. O'DONNELL, *Spotlight on the Best Interests of the Child in Returns of Unaccompanied Children & Reflections for the New Pact on Migration and Asylum*, in *eumigrationlawblog.eu*, 13 aprile 2021).

L'intervento della Corte di giustizia risulta particolarmente importante per allineare l'applicazione della normativa europea agli standard di tutela dei diritti fondamentali, soprattutto in una fase dove, da un lato, sono emerse le criticità della normativa attuale e, dall'altro lato, è ancora incerto l'esito delle proposte che andranno a costituire il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo (comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, 23 settembre 2020, *Un nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, COM (2020) 609 final; si vedano P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, II (2020), 5 ottobre 2020; T. GAZI, *The*

New Pact on Migration and Asylum: Supporting or Constraining Rights of Vulnerable Groups?, in *europeanpapers.eu*, 2021, p. 167 ss.). Numerose disposizioni, contenute nei diversi strumenti che compongono il Patto, fanno estesi riferimenti al principio del superiore interesse del minore, la cui applicazione nel concreto – alla luce della sua ampia definizione e in assenza di indicazioni più puntuali a livello normativo – dovrà tenere necessariamente conto della giurisprudenza della Corte (A. PITRONE, *La protezione dei minori stranieri non accompagnati nella giurisprudenza europea: quale possibile influenza sulle proposte contenute nel nuovo patto sulla migrazione e l'asilo?*, in *fsjeurostudies.eu*, 2021, p. 29 ss.).

Peraltro, sebbene alcune delle proposte del pacchetto abbiano introdotto disposizioni specifiche per la tutela delle persone minorenni e nel perseguimento dell'unità familiare, non sempre la nuova normativa sembra adeguarsi alle posizioni espresse dai giudici di Lussemburgo. A titolo di esempio, la proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione (COM(2020) 610 fin., che intende sostituire l'attuale regolamento Dublino III), sembra assumere un atteggiamento contraddittorio. Da un lato, risulta ampliata la nozione di "familiare" che include anche i fratelli e le sorelle del richiedente, nonché ogni rapporto familiare creatosi dopo la partenza dal Paese d'origine, ma prima dell'arrivo sul territorio di uno Stato membro (le cd. "famiglie in transito"; si vedano i considerando nn. 47 e 48 della proposta). Dall'altro lato, le disposizioni che prevedono deroghe all'applicazione gerarchica dei criteri di competenza sulla base di esigenze di ricongiungimento familiare fanno riferimento soltanto ai rapporti genitore-figlio (art. 25 della proposta; sull'argomento 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), 26 novembre 2020).

Alla luce dei margini di apprezzamento che il futuro Patto per la migrazione e l'asilo lascia alla discrezionalità degli Stati membri ed alla prassi applicativa, risulta quindi determinante la valorizzazione della giurisprudenza della Corte di giustizia, coerente nell'assumere il superiore interesse del minore quale criterio-guida di interpretazione, al fine di dare piena attuazione agli art. 7 de 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (C. FRATEA, *L'accertamento della minore età del migrante e il diritto all'unità familiare: una lettura evolutiva della giurisprudenza della Corte di giustizia a tutela dei beneficiari di protezione internazionale*, in *I Post di AISDUE*, V (2023), 25 gennaio 2023).

LE SOLUZIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA ALLA DIATRIBA
TRA LA BANCA EUROPEA PER GLI INVESTIMENTI
E L'ONG *CLIENTEARTH*: VICENDA CONCLUSA?

Celeste Pesce*

SOMMARIO: 1. Piano di indagine. – 2. La sentenza *BEI c. ClientEarth*: i motivi di impugnazione. – 3. L'indipendenza della Banca. – 4. L'interpretazione e l'applicazione della Convenzione di Århus. – 5. Le definizioni di diritto ambientale, di provvedimento di portata individuale e la valutazione degli effetti esterni e giuridicamente vincolanti. – 6. Le prospettive legate all'esecuzione della pronuncia.

1. *Piano di indagine*

Com'è noto, la Banca europea per gli investimenti è tenuta a realizzare, con autonomia funzionale, gli obiettivi e le politiche dell'Unione, in particolare modo, quelli di coesione economica, sociale e territoriale, di cooperazione internazionale e quelli trasversali di tutela ambientale. Alla BEI, poi, si estendono gli obblighi che l'Unione assume in seno alla comunità internazionale.

In particolare, il regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006 (in seguito, regolamento Århus) che ha disciplinato e migliorato nel tempo (I. ANRÒ, *Il difficile accesso alla giustizia ambientale per le ONG e la riforma del Regolamento di Århus: nuove vie verso la Corte di giustizia dell'Unione europea?*, in *federalismi.it*, 6 aprile 2022), l'applicazione della Convenzione di Århus del 1998, sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (in seguito, Convenzione) da parte delle istituzioni e degli organi dell'Unione, chiama, espressamente, l'istituto bancario europeo al rispetto dell'accordo sulla democrazia ambientale ratificato dall'Unione (decisione 2005/370/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005). Di qui l'onere della Banca di tutelare il diritto fondamentale di ogni individuo a vivere in un ambiente sano, vale a dire, di riconoscere alle

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro" – 13 luglio 2023.

persone fisiche e giuridiche il diritto di accesso alle informazioni ambientali detenute dalle autorità pubbliche; quello di partecipare al processo decisionale ambientale; infine, l'azionabilità dei rimedi giurisdizionali in caso di pregiudizio ai diritti menzionati.

In perfetta armonia sistemica, le scelte della Banca configurano atti dell'Unione sindacabili sotto il profilo formale, a riprova dell'appartenenza dell'istituto ad un ordinamento, quello europeo, fortemente garantista nei confronti dei terzi, latamente intesi, nonché della Banca e delle sue tante peculiarità. Le decisioni finanziarie possono essere verificate in via stragiudiziale, dall'interno della BEI e ad opera del Mediatore europeo, e in via giudiziale, con investitura delle giurisdizioni nazionali e, se del caso, del giudice dell'Unione. Il tema della sindacabilità, soprattutto giudiziaria, dell'agire finanziario mostra il fianco a diverse considerazioni. In particolare, le rigide condizioni di ricorribilità alla Corte di giustizia ed i limiti imposti dall'autonomia dell'istituto, se non rapportati alle finalità pubbliche perseguite dalla Banca, rischiano di apparire fortemente restrittivi.

2. *La sentenza BEI c. ClientEarth: i motivi di impugnazione*

Nell'intricato panorama appena, sommariamente, delineato si inserisce la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea *BEI c. ClientEarth*, che, pubblicata lo scorso 6 luglio 2023 (sentenza della Corte del 6 luglio 2023, cause riunite C-212/21 P e C-223/21 P, *BEI c. ClientEarth*), ha definito la controversia tra la Banca, sostenuta dalla Commissione europea, e la *ClientEarth*, un'organizzazione non governativa (ONG) impegnata nella tutela dell'ambiente.

Ricapitolando i punti salienti della vicenda giudiziaria, il 27 gennaio 2021, il Tribunale dell'Unione europea (sentenza del 27 gennaio 2021, causa T-9/19, *ClientEarth c. BEI*) ha annullato la decisione della BEI che aveva respinto, in quanto irricevibile, la richiesta di riesame interno della delibera del consiglio di amministrazione della BEI, dell'aprile 2018, di approvazione del finanziamento di un progetto di centrale elettrica a biomassa in Galizia (Spagna), presentata dalla *ClientEarth*, nell'agosto 2018, ai sensi dell'art. 10, par. 1, del regolamento Åarhus, e della decisione 2008/50/CE della Commissione, del 13 dicembre 2007, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento Åarhus con riguardo alle richieste di riesame interno degli atti amministrativi (poi abrogata dalla decisione (UE) 2023/748 della Commissione dell'11 aprile 2023).

Avverso tale pronuncia, la Banca e la Commissione hanno presentato, disgiuntamente, ricorso in appello per chiederne l'annullamento. Le, cause, sostanzialmente, identiche, sono state riunite e le impugnazioni raggruppate in tre macro motivi concernenti errori di diritto *i)* nella valutazione dell'indipendenza della BEI nell'ambito delle operazioni finanziarie, *ii)* nell'interpretazione e nell'applicazione della Convenzione e *iii)* violazione dell'art. 2, par. 1, lett. *f)* e *g)*, del regolamento Åarhus, quanto alle nozioni di "diritto ambientale", "provvedimento di portata individuale" ed "effetti esterni e giuridicamente vincolanti". Le doglianze sono state rigettate dalla Corte che, in buona sostanza, ha confermato le argomentazioni del giudice di prime cure e, in più punti, le conclusioni formulate dall'avvocato generale.

La pronuncia si pone in continuità con la giurisprudenza europea in merito alle singolarità della Banca in rapporto all'Unione e alla legittimazione attiva delle ONG dinanzi al giudice di Lussemburgo in presenza delle condizioni stabilite dai trattati dell'Unione. Ciò nonostante, aggiunge tasselli importanti all'impugnabilità delle decisioni assunte dall'istituto finanziario europeo in quanto interviene a definire, ulteriormente, i parametri del vaglio, soprattutto, stragiudiziale, rimarcando la conformità delle determinazioni in parola al diritto europeo, primario e derivato, ivi incluso quello di adeguamento agli obblighi assunti dall'Unione nello scenario internazionale; segnatamente, a ribadire che il "diritto ambientale", che la Banca è tenuta a rispettare nello svolgimento delle sue attività (sia consentito rinviare a C. PESCE, *La Banca del clima: scopi e rapporti interistituzionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2022, pp. 93-120), non solo funge da parametro di legittimità delle sue scelte, ma è, altresì, ampio e non predeterminabile, attesa la dinamicità con cui evolve ed accresce e la capacità attrattiva che esercita nei confronti di talune misure. Nel complesso, i profili indagati dalla Corte aprono la riflessione su questioni di rilievo che, data la sede, ci limiteremo ad accennare.

3. *L'indipendenza della Banca*

Con il suo primo motivo di ricorso, la Banca, non discostandosi da quelle posizioni su cui, già in passato, si è arroccata, ha invocato la salvaguardia della sua indipendenza (sentenza della Corte del 10 luglio 2003, causa C-15/00, *Commissione c. BEI*, punti 88-110). Questa volta, tuttavia, lo ha fatto in relazione all'art. 271, lett. *c)*, TFUE, rischiando, come evidenziato dalla Corte, di mettere in discussione la competenza del giudice dell'Unione a

controllare, sia pure indirettamente, una delibera del consiglio di amministrazione della BEI, in occasione di un ricorso teso ad annullare il rifiuto dell'istituto di procedere al riesame interno.

A dire della BEI, supportata dalla Commissione, la tutela della sua indipendenza imporrebbe di privare le organizzazioni non governative per la tutela dell'ambiente, quali la *ClientEarth*, del diritto di chiedere il riesame delle determinazioni e di quello di proporre un ricorso di annullamento contro un'eventuale decisione di rigetto dell'istanza. Invero, la consequenzialità tra la domanda di riesame interno e la presentazione del ricorso di annullamento contro la decisione adottata dalla BEI di riscontro alla medesima, pregiudicherebbe l'indipendenza dell'istituto.

Sul punto la Corte si sofferma particolarmente attesa la rilevanza sistemica di un simile argomentare. Nondimeno, prima di arrivare a smentirne la veridicità, il giudice dell'appello ripercorre l'essenza dell'art. 271, lett. c), TFUE e dei ricorsi così proponibili avverso le decisioni della BEI alla luce dell'art. 263 TFUE. Conformemente alle due disposizioni, i ricorsi contro le deliberazioni del consiglio di amministrazione della BEI possono essere proposti dagli Stati membri o dalla Commissione e unicamente per violazione delle norme di cui all'art. 19, par. 2 e da 5 a 7 inclusi, dello statuto della BEI, vale a dire per questioni puramente formali e procedurali. Pertanto, la possibilità di proporre un simile ricorso di annullamento è subordinata a condizioni più rigorose rispetto a quelle generalmente imposte dall'art. 263 TFUE.

In definitiva, l'art. 271, lett. c), TFUE, osserva la Corte, circoscrive la sua competenza a verificare la legittimità degli atti della BEI, dal punto di vista dei potenziali richiedenti e dei poteri di controllo del merito; di qui l'opportunità di interpretare restrittivamente la norma. Allo stesso modo, la disposizione, pure non disciplinando direttamente l'ipotesi di un ricorso proposto ai sensi del regolamento Åarhus, avverso una decisione della BEI che statuisce su una richiesta di riesame interno, ha una sua intrinseca valenza ordinamentale, soprattutto, al fine di determinare la possibilità di adire il giudice dell'Unione, fermo restando i limiti posti dall'autonomia decisionale della Banca.

L'art. 271, lett. c), TFUE non osta, quindi, in via di principio, a che un'organizzazione non governativa chieda, conformemente all'art. 10, par. 1, del regolamento Åarhus, il riesame interno di una delibera del consiglio di amministrazione della BEI né a che il giudice dell'Unione sia investito, sulla base dell'art. 12, par. 1, del regolamento europeo, del ricorso di annullamento avverso la decisione che dichiara, eventualmente, irricevibile l'istanza stessa.

Infatti, in quest'ultima ipotesi, il ricorso mira a fare sì che il giudice dell'Unione esami non tanto la legittimità o la fondatezza di un atto del consiglio di amministrazione, ma unicamente se la BEI ne possa legittimamente respingere la richiesta di riesame interno. Del resto, l'unica conseguenza dell'eventuale accoglimento dell'azione sarebbe quella di indurre la BEI a procedere al riesame interno della delibera (v. *infra*).

Se tanto è inconfutabile e indivisibile, la sentenza nulla aggiunge, né avrebbe potuto farlo visto l'oggetto del contendere, in merito al più ampio tema della legittimazione ad agire delle organizzazioni non governative dinanzi al giudice dell'Unione. È ben noto che le ONG possono impugnare i dinieghi dell'istituto finanziario, esclusivamente, ai sensi del quarto paragrafo dell'art. 263 TFUE. In altri termini, le associazioni *no profit*, al pari dei ricorrenti non privilegiati, possono chiedere l'annullamento di una decisione emessa dalla Banca purché vantino un interesse diretto (sentenza della Corte del 25 marzo 2021, causa C-565/19 P, *Carvalho e a. c. Parlamento e Consiglio*). La loro legittimazione ad agire deriva dalla possibilità riconosciuta alle persone fisiche e giuridiche di impugnare, sotto il profilo formale, gli atti di cui sono destinatarie, come nel caso di una delibera che rigetti la richiesta di riesame interno (art. 263, par. 4, prima parte TFUE; art. 12 regolamento Åarhus; sentenza del Tribunale del 15 dicembre 2016, causa T-177/13, *TestBioTech e a. c. Commissione*, confermata da sentenza della Corte del 12 settembre 2019, causa C-82/17 P, *TestBioTech eV e a. c. Commissione*). Per contro, le ONG non possono, tuttora, vantare un interesse diffuso e cioè agire genericamente ai sensi dell'art. 263 TFUE, alla stregua dei ricorrenti privilegiati, al fine di ottenere l'annullamento di decisioni contrarie all'interesse e al benessere della collettività [C. AMALFITANO, D. U. GALETTA, L. VIOLINI FERRARI (a cura di), *“Law, Justice and Sustainable Development”*. *L'accesso alla Giustizia nel quadro del Sd Goal 16*, Torino, 2022]. Purtuttavia, occorre ricordare che i trattati riconoscono alle ONG l'azionabilità dei rimedi, diretti e indiretti, riconosciuti alle persone giuridiche cui sono assimilabili, fra cui l'azione in carenza e la procedura di infrazione, bene inteso nei termini di un sollecito alla Commissione, per citarne alcuni.

4. *L'interpretazione e l'applicazione della Convenzione di Åarhus*

Nel motivare il rigetto del secondo motivo di impugnazione, secondo cui il Tribunale sarebbe incorso in vari errori di diritto nell'interpretazione

e nell'applicazione della Convenzione, il giudice dell'Unione chiama a supporto la propria giurisprudenza che interpreta le norme di diritto europeo alla luce del diritto internazionale, in particolare modo, quando esse siano dirette a dare esecuzione ad un accordo internazionale concluso dall'Unione (sentenze della Corte del 14 luglio 1998, causa C-284/95, *Safety Hi-Tech*; del 19 dicembre 2019, causa C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond e Groep Algemene Uitgevers*).

Il *case law* europeo, pienamente estendibile al regolamento Åarhus, implica che nell'inquadrare giuridicamente la natura della Banca ai fini della Convenzione, occorre tenere a mente le disposizioni dell'accordo sulla democrazia ambientale. Il testo qualifica l'istituto come "autorità pubblica" (art. 2, par. 2), intendendo con tale espressione l'insieme degli enti attivi negli ordinamenti delle parti ratificanti, con eccezione di quelli che esercitano il potere giudiziario o quello legislativo e di quelli che agiscono in qualità di organi di controllo amministrativo ai sensi della Convenzione [art. 2, par. 2, lett. d)].

In totale coerenza, il regolamento Åarhus include la BEI tra i suoi destinatari [art. 2, par. 1, lett. c); considerando 7], al pari delle istituzioni dell'Unione, da cui estromette quelle di tipo giudiziario, legislativo e amministrativo. D'altra parte, l'ampiezza della nozione di autorità pubblica, definita dalla Convenzione e ricalcata dal regolamento dell'Unione, punta ad allargare il novero degli enti ai quali l'accordo si indirizza e, conseguentemente, ad accrescere le possibilità dei terzi di esercitare i diritti ambientali ivi riconosciuti.

Tanto argomentato, la Corte, escludendo che le competenze finanziarie siano riconducibili ai poteri giudiziari, legislativi o amministrativi, nel senso indicato dall'accordo del 1998, conclude che la BEI, nell'ambito di un finanziamento, ha una duplice natura: da un lato, agisce come *partner* privato del beneficiario, dall'altro, svolge funzioni di interesse generale.

Un simile argomentare fa eco ai trattati e alla consolidata giurisprudenza europea che descrivono la Banca come organo dell'Unione che, pure godendo di personalità e di capacità giuridica, indirizza le sue funzioni all'attuazione delle politiche e degli interessi dell'Unione, cui resta subordinata, nei limiti di quanto le è necessario per realizzare il suo mandato e dell'indipendenza di cui gode per compiere le sue operazioni.

5. *Le definizioni di diritto ambientale, di provvedimento di portata individuale e la valutazione degli effetti esterni e giuridicamente vincolanti*

Il terzo motivo di ricorso, relativo alla lamentata violazione dell'art. 2,

par. 1, lett. *f*) e *g*), del regolamento Århus, quanto alle nozioni di “diritto ambientale”, “provvedimento di portata individuale” ed “effetti esterni e giuridicamente vincolanti”, permette alla Corte di ripercorrere la propria giurisprudenza; soprattutto, di rafforzare, in senso accrescitivo, i parametri della sindacabilità degli atti della BEI, contrariamente a quanto sostenuto dall’istituto che, in buona sostanza, punta a restringere le nozioni contestate per sottrarsi, il più possibile, ad una normativa indeterminabile e altamente assorbente quale quella a tutela dell’ambiente.

In relazione al primo aspetto, la Corte rammenta che la nozione di “diritto ambientale” di cui al regolamento Århus [art. 2, par. 1, lett. *f*)], comprende la normativa europea che, a prescindere dalla base giuridica, contribuisce al raggiungimento degli obiettivi della politica ambientale dell’Unione [art. 191, par. 1, TFUE; sentenza della Corte dell’8 novembre 2022, causa C-873/19, *Deutsche Umwelthilfe (Omologazione dei veicoli a motore)*. Sia consentito rinviare a C. PESCE, *Ambiente*, in G. TESAURO, *Manuale di Diritto dell’Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, vol. II, Napoli, 2021, pp. 511-531; F. FERRARO, *L’evoluzione della politica ambientale dell’Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *I Post di AISDUE, IV (2022), Sezione “Atti convegni AISDUE”*, n. 9, 4 gennaio 2022].

D’altronde, il regolamento del 2006, esprime l’idea del legislatore di attribuire una portata ampia alla nozione di diritto ambientale, anche in funzione dell’economia generale e della finalità della complessa e dinamica normativa di riferimento (sentenza della Corte del 24 febbraio 2022, causa C-536/20, *Tiketa*). Ne deriva, innanzitutto, che i criteri ambientali relativi all’ammissibilità dei progetti che la Banca si è impegnata a seguire, configurano atti di diritto ambientale da cui la *governance* della BEI, asserisce fermamente la Corte, non può discostarsi, senza alcuna giustificazione, quando decide di concedere un finanziamento. In caso contrario, l’istituto bancario viola i principi generali del diritto, quali la parità di trattamento o la tutela del legittimo affidamento, e va incontro a sanzioni (sentenza della Corte del 28 giugno 2005, cause riunite da C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*). Ancora, che il diritto ambientale comprende le misure di portata individuale che, a prescindere dal loro fondamento giuridico, concorrono al perseguimento della politica europea nel settore dell’ambiente. Non vi sono dubbi cioè sul fatto che la delibera della BEI, oggetto di causa, sia un atto di diritto ambientale o comunque adottato nel contesto del diritto dell’ambiente, latamente considerato.

Anche sulla nozione di “provvedimento di portata individuale”, ai sensi dell’art. 2, par. 1, lett. g), regolamento Åarhus, le considerazioni della Corte differiscono dagli argomenti delle parti appellanti. Queste ultime, per un verso (Commissione) richiamano i criteri derivanti dagli artt. 263 e 288 TFUE, escludendo che l’atto sia definitivo e affermandone la portata generale; per un altro, (BEI) fanno leva sulla natura interna della delibera controversa, il cui unico effetto sarebbe quello di proseguire le trattative contrattuali per il finanziamento approvato.

Il giudice dell’Unione ricorda che, ai sensi dell’art. 288 TFUE, un atto ha portata generale se si applica a situazioni determinate obiettivamente e se produce effetti giuridici nei confronti di categorie di persone considerate in modo generale ed astratto (sentenze della Corte del 15 gennaio 2002, causa C-171/00 P, *Libéros c. Commissione*; del 3 settembre 2020, causa C-784/18 P, *Mellifera c. Commissione*). Né pare che la portata generale di un atto possa essere messa in discussione dalla possibilità di determinare, con maggiore o minore precisione, il numero o persino l’identità dei soggetti di diritto cui si riferisce. Invero, la norma si applica in forza di una situazione oggettiva di diritto o di fatto, che essa definisce in relazione alle sue finalità (sentenza *Mellifera*, cit.).

In ragione del suo oggetto e del suo contenuto, quindi, la delibera controversa ha i caratteri del “provvedimento di portata individuale” atteso che, nella parte in cui approva la proposta di finanziamento del progetto in riferimento ai suoi aspetti ambientali e sociali, riguarda una situazione specifica, vale a dire il finanziamento del progetto, e produce effetti giuridici nei confronti del promotore, consentendogli di predisporre quanto necessario alla formalizzazione del prestito.

Proseguendo in merito agli effetti esterni e giuridicamente vincolanti [art. 2, par. 1, lett. g), del regolamento Åarhus], la Corte statuisce in armonia con il Tribunale, richiamando le argomentazioni giurisprudenziali formulate in occasione degli atti destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi, di cui all’art. 263, primo comma, TFUE. In tale modo, la Corte esclude, essenzialmente, gli atti di natura interna che non producono effetti al di fuori dell’istituzione, dell’organo o dell’organismo dell’Unione da cui promanano, vale a dire quegli atti che non creano diritti né obblighi nei confronti dei terzi (sentenze della Corte del 25 febbraio 1988, causa 190/84, *Les Verts c. Parlamento*; del 25 giugno 2020, causa C-14/19 P, *CSUE c. KF*); e, sostanzialmente, accerta che, diversamente da quanto sostenuto dalla BEI e dalla Commissione, la delibera ha una precisa rilevanza esterna, in quanto esprime

una posizione definitiva del consiglio di amministrazione in merito all'ammissibilità del progetto al finanziamento. D'altra parte, la successiva fase procedurale in seno al comitato direttivo ha una valenza puramente esecutiva.

Parimenti infondata è l'argomento degli appellanti secondo cui la delibera di rigetto dell'istanza di riesame, per essere legittimamente contestata, avrebbe dovuto produrre effetti esterni e giuridicamente vincolanti nei confronti della *ClientEarth*, vale a dire la parte reclamante. Infatti, afferma la Corte, in alcuna sua disposizione, il regolamento Åarhus richiede che l'atto amministrativo oggetto di riesame interno abbia effetti del genere nei confronti dell'istante.

A fortiori, va evidenziato che le procedure di accesso al riesame interno alla Banca (*EIB Group Complaints Mechanism Procedures*) legittimano l'avvio dell'istruttoria in presenza di denunce avanzate da persone fisiche o giuridiche, non sempre appartenenti all'Unione, che abbiano un interesse in un progetto della Banca, che partecipino al processo di gestione della denuncia o che, più genericamente, manifestino dubbi su una politica o su talune attività della BEI.

In definitiva, la delibera controversa riguarda una situazione specifica, produce effetti giuridici nei confronti del promotore del progetto, ed è censurabile ai sensi dell'art. 263 TFUE, in quanto costituisce una misura individuale di diritto ambientale avente il crisma dell'atto amministrativo ai sensi del regolamento Åarhus. Il principio ricavabile è che il diritto europeo, uniforme a quello internazionale, impone alla BEI di vagliare, con rigore istituzionale, le istanze di riesame interno delle decisioni assunte in merito ai profili ambientali (e sociali), anch'essi trasversalmente intesi, delle opere da sovvenzionare. Con eguale portata, la sentenza assicura l'applicazione rigorosa e, tendenzialmente, onnicomprensiva delle tutele e dei diritti sanciti dal regolamento Åarhus, in linea con la Convenzione, in ragione della possibilità dei terzi di chiedere alla BEI di riconsiderare le proprie determinazioni "ambientali" e, se del caso, di ricorrere al giudice dell'Unione.

È di tutta evidenza, da un lato, il monito all'ente ad allinearsi ai parametri ambientali e sociali stabiliti dall'Unione, dalla comunità internazionale e, prima ancora, approvati dalla sua compagine istituzionale; dall'altro, l'accrescimento dinamico ed evolutivo dei criteri di verificabilità amministrativa delle decisioni finanziarie, soprattutto sotto il profilo ambientale e sociale.

6. *Le prospettive legate all'esecuzione della pronuncia*

La pronuncia qui ripercorsa, se, da un lato, concorre a chiarire il vaglio delle determinazioni dell'istituto finanziario, pure non intervenendo sulle stringenti condizioni di accesso alla Corte che, ripetiamo, continuano a richiedere ai ricorrenti non privilegiati, cui le ONG appartengono, un interesse ad agire, dall'altro, non chiude la vicenda, soprattutto, in seno alla Banca.

Invero, la Corte, rigettando l'appello e confermando l'annullamento, disposto dal Tribunale, della decisione della BEI che rigetta la richiesta di riesame interno, chiama, sostanzialmente, l'istituto a dare seguito all'istanza presentata dalla *ClientEarth*. Non resta, quindi, che attendere la soluzione che la BEI fornirà alle perplessità sollevate dall'ONG in ordine alle ricadute sociali ed ambientali del progetto finanziato in Galizia, per il tramite del Meccanismo per il trattamento delle denunce, cioè l'ufficio interno deputato a riesaminare stragiudizialmente le scelte della Banca.

Se, poi, si considera che la risposta del Meccanismo è parimenti appellabile, l'Unione potrebbe essere chiamata, nuovamente, a pronunciarsi, con interessamento, prima, del Mediatore europeo e, poi, eventualmente, della Corte di giustizia, pure sempre nei limiti dell'autonomia funzionale riconosciuta alla Banca dai trattati europei.

THE EUROPEAN PARLIAMENT’S POSITION ON THE AI ACT:
A HUMAN RIGHTS-ORIENTED APPROACH
AND AN ATTEMPT TO REGULATE GENERATIVE AI SYSTEMS

Gabriele Rugani*

SUMMARY: 1. Introduction: the previous phases of the legislative process for the adoption of the AI Act. – 2. The EP’s Position on the AI Act: the expansion of “unacceptable” and “high risk” AI systems and the increase of fines. – 3. The EP’s Position on the AI Act: the provisions on foundation models and generative AI systems (follows). – 4. Concluding remarks: two considerations on the next steps of the legislative process.

1. *Introduction: the previous phases of the legislative process for the adoption of the AI Act*

Wednesday 14 June 2023 marked a crucial moment in the legislative process for the adoption of the so-called “Artificial Intelligence Act” (“AI Act”): the European Parliament (EP) adopted its negotiating position on such instrument, with 499 votes in favour, 28 against and 93 abstentions; interinstitutional negotiations can now start in order to agree a final text with the Council. The EP’s position is extremely interesting for several reasons and this contribution will try to investigate the most relevant ones and to make some considerations on them. For a better understanding, however, we must preliminarily retrace the previous key phases of the *iter legis* at stake.

On 19 February 2020, in its White Paper “On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust” (COM/2020/65 final), the European Commission (EC) highlighted the need for a “regulatory framework” on artificial intelligence, in order to “build trust among consumers and businesses in AI, and therefore speed up the uptake of the technology”.

On 21 April 2021, the EC consequently presented the Proposal for a Regulation of the EP and of the Council “laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain

* Post-Doctoral Researcher in EU Law and International Law – University of Pisa – 5 July 2023.

Union legislative acts” (COM/2021/206 final). Such Proposal follows what can be defined as a “risk-based approach” (on such topic, see for instance: G. De GREGORIO, P. DUNN, *The European Risk-Based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, in *Common Market Law Review*, 2022, pp. 473-500). Indeed, it differentiates between uses of AI that create an “unacceptable risk”, a “high risk”, and “low or minimal risk”. AI systems whose use is considered “unacceptable” should be *prohibited*: among them, it is possible to mention those practices that have a significant potential to manipulate persons through subliminal techniques beyond their consciousness or exploit vulnerabilities of specific vulnerable groups such as children or persons with disabilities in order to materially distort their behaviour in a manner that is likely to cause them or another person psychological or physical harm; the Proposal also prohibits AI-based social scoring for general purposes done by public authorities, and even the use of “real time” remote biometric identification systems in publicly accessible spaces for the purpose of law enforcement, unless certain limited exceptions apply (Title II, i.e. Art. 5 of the Proposal). AI systems that create a “high risk” to the health and safety or fundamental rights of natural persons, instead, should be permitted on the European market, but subject to compliance with certain mandatory requirements and an *ex-ante* conformity assessment (Title III, i.e. Articles 6-51); in particular, there are two main categories of “high risk” AI systems: AI systems intended to be used as safety component of products that are subject to third party *ex-ante* conformity assessment and stand-alone AI systems with mainly fundamental rights implications (that are explicitly listed in Annex III of the Proposal). On the contrary, if the risk level does not fall in the first two categories, there should be transparency obligations in certain cases (Title IV, i.e. Art. 52). Moreover, the Proposal encourages national competent authorities to set up “regulatory sandboxes” (Title V, Articles 53-55), that establish a controlled environment to test innovative technologies for a limited time (on the 2021 AI Act Proposal, see for instance: M. VEALE, F. Z. BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, in *Computer Law Review International*, 2021, pp. 97-112; W. G. VOSS, *AI Act: the European Union’s Proposed Framework Regulation for Artificial Intelligence Governance*, in *Journal of Internet Law*, 2021, pp. 7-17).

On 6 December 2022, the Council adopted its common position (“General approach”) on the AI Act. The Council’s text, *inter alia*, narrows the definition of “AI systems” (Art. 3, No. 1, of the “General approach” only includes systems developed through machine learning approaches and logic-

and knowledge-based approaches). With regard to the classification of AI systems as “high risk”, it contains new provisions according to which the significance of the output of the AI system in respect of the relevant action or a decision to be taken should also be taken into account when classifying AI systems as “high risk”, in order to ensure that AI systems that are not likely to cause serious fundamental rights violations or other significant risks are not captured (Art. 6, para 3). Many of the requirements for “high risk” AI systems have been clarified and adjusted in such a way that they are more technically feasible and less burdensome for stakeholders to comply with. An explicit reference has been made to the exclusion of national security, defence and military purposes from the scope of the AI Act (Art. 2). AI regulatory sandboxes should also allow for testing of innovative AI systems in “real world conditions” (Art. 53), while new provisions would enable unsupervised “real-world testing” of AI systems (Art. 54a), under specific conditions and safeguards. And so on. It can be easily noticed that many of the amendments of the Council are mainly aimed at promoting the development of AI systems and at making the text more attentive to the needs of the enterprises.

2. *The EP's Position on the AI Act: the expansion of “unacceptable” and “high risk” AI systems and the increase of fines*

After retracing the previous key phases of the legislative process for the adoption of the AI Act, that mainly involved the EC and the Council, it is now possible to consider the latest steps which took place in the framework of the EP. Within such institution, the discussions were led by the Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO; rapporteur: Brando Benifei, S&D, Italy) and by the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE; rapporteur: Dragos Tudorache, Renew, Romania) under a joint committee procedure.

On 11 May 2023, IMCO and LIBE adopted a draft report on the AI Act, that deeply amends the EC's Proposal, with 84 votes in favour, 7 against and 12 abstentions.

Finally, as anticipated, on 14 June 2023 the IMCO/LIBE report was adopted in plenary, with an overwhelming majority (499 votes in favour, 28 against and 93 abstentions) and without amendments outside the text adopted at the Committee level. Now that the EP's position is set, interinstitutional negotiations with the Council can start in order to reach an agreed

text. As already mentioned, however, the above cited position is extremely interesting for several reasons: it is now possible to examine some of the most relevant ones.

First of all, the EP's position significantly expands the list of Art. 5, which includes AI systems with an "unacceptable" level of risk that must consequently be prohibited. In other words, the EP tries to add bans on further intrusive and discriminatory uses of AI. Let's make some relevant examples. As partially anticipated, the EC's Proposal prohibits "the use of 'real-time' remote biometric identification systems in publicly accessible spaces", but only "for the purpose of law enforcement", and "unless and in as far as such use is strictly necessary" for certain objectives; the EP's position, instead, prohibits "the use of 'real-time' remote biometric identification systems in publicly accessible spaces" *tout court*, without any further condition or specification. Moreover, the Parliament adds *ex novo* a ban on "post' remote biometric identification systems", with the only exception of law enforcement for the prosecution of serious crimes and only after judicial authorisation, and on "biometric categorisation systems that categorise natural persons according to sensitive or protected attributes or characteristics", such as gender, race, ethnicity, citizenship status, religion, political orientation.

The Parliament also introduces prohibitions concerning AI systems aimed at "making risk assessments of natural persons [...] in order to assess the risk of a natural person for offending or reoffending", based for example on "the person's location" or on "past criminal behaviour"; AI systems that "infer emotions of a natural person in the areas of law enforcement, border management, in workplace and education institutions"; and also "AI systems that create or expand facial recognition databases through the untargeted scraping of facial images from the internet".

The EP's position is seeking to expand even the classification of systems that create a "high risk", provided by Art. 6 and by Annex III (devoted to "High-risk AI systems referred to in Article 6(2)"). In particular, the Parliament included systems that pose a significant risk of harm to the health, safety or fundamental rights of natural persons, as well as to the environment. There are also other additions: for instance, "AI systems intended to be used for influencing the outcome of an election or referendum or the voting behaviour of natural persons in the exercise of their vote in elections or referenda".

Moreover, the Parliament adds to the "high risk" list the recommender systems, to recommend to the recipient of the service user-generated

content, of “social media platforms that have been designated as very large online platforms within the meaning of Article 33 of Regulation EU 2022/2065”; the latter provision, in turn, refers to “online platforms and online search engines which have a number of average monthly active recipients of the service in the Union equal to or higher than 45 million”. This means, for example, that also as Meta and Twitter will fall under such classification (on the point, see for instance: F. Y. CHEE, S. MUKHERJEE, *EU lawmakers vote for tougher AI rules as draft moves to final stage*, in *reuters.com*, 14 June 2023).

It is worth considering the fact that the EP's intention is also to go towards higher fines in case of non-compliance with the AI Act and, more specifically, with the prohibition of the artificial intelligence practices referred to in Art. 5. The EC's Proposal, indeed, in Art. 71 refers to “administrative fines of up to 30 000 000 EUR or, if the offender is company, up to 6 % of its total worldwide annual turnover for the preceding financial year, whichever is higher”. In Art. 71 of the Parliament's Position, instead, the two thresholds are increased to “40 000 000 EUR” and to “7 %” respectively (on the point see: K. J. NAHRA AND OTHERS, *European Parliament Adopts Negotiating Position on the AI Act*, in *WilmerHale Privacy and Cybersecurity Law Blog*, 15 June 2023).

3. *The EP's Position on the AI Act: the provisions on foundation models and generative AI systems (follows)*

In the EP's Position there is also another crucial innovation, which must be examined on its own. The Parliament, indeed, takes into consideration two relevant notions that were not even mentioned in the EC's Proposal: we refer to “foundation models” and “generative AI systems”. Foundation models are AI system models that are trained on broad data at scale, are designed for generality of output, and can be adapted to a wide range of distinctive tasks (Art. 3, para 1, No. 1c of the EP's Position). Generative AI systems, that are based on foundation models, are AI systems specifically intended to generate, with varying levels of autonomy, content such as complex text, images, audio, or video (Art. 28b, para 4, of the EP's Position). The perfect example of generative AI systems is represented by the well-known ChatGPT: a powerful language model, trained on unprecedented amounts of data and able to engage in astonishingly diverse conversations, from writing movie reviews and poems to grading school essays, judging

resumes or writing software code. Across a range of use cases and contexts, it is enough to ask in natural language in order to get a smooth-sounding answer. Millions of people are already using it (on the point see: N. HELBERGER, N. DIAKOPOULOS, *ChatGPT and the AI Act*, in *Internet Policy Review*, 16 February 2023, p. 2).

In order to better understand the issue, it is necessary to move back to the EC's Proposal. The fact that it does not take into consideration the abovementioned AI systems, in truth, is not surprising: in 2021, when the Proposal was presented, foundation models and generative AI were not under the spotlight as they are two years later. However, such omission has been strongly criticised by relevant authors. Some of them, moreover, highlight that the AI systems at stake seriously challenge the whole risk-based approach of the AI Act Proposal. According to the logic of such instrument, indeed, the classification in risk categories of an AI system depends on the purpose of use that the provider envisages. But systems such as ChatGPT have no pre-defined purpose: it is not the provider, but rather the user who determines how the system will be used; end users, however, are largely excluded from the scope of the Proposal. In order to solve the above-described problem, several possibilities have been suggested. One is to include all generative AI systems in the "high risk" category, since it cannot be excluded that they may be used also in a high-risk area; in that case, however, there may be a serious danger of over-regulation. Therefore, another suggestion is to avoid just fitting generative AI into the current provisions and to consider it more broadly as a general risk category in its own right (on the point see: N. HELBERGER, N. DIAKOPOULOS, *op. cit.*, p. 6).

Influenced by the suggestions to regulate foundation models and generative AI, the European Parliament, as anticipated, takes into consideration such systems. With reference to foundation models, Art. 28b is devoted precisely to "Obligations of the provider of a foundation model" and obliges providers of such models to assess and mitigate possible risks concerning, in particular, "health, safety, fundamental rights, the environment and democracy and the rule of law" (Art. 28b, para 2, let. a, of the EP's Position). Moreover, providers must also register foundation models in the EU database referred to in Art. 60, i.e. the EU database for "high risk" AI systems (Art. 28b, para 2, let. g).

With regard to generative AI systems based on foundation models, the Parliament regulates them in Art. 28b, par. 4, of its Position. Such systems, first of all (Art. 28b, para 4, let. a), are required to comply with the transparency obligations outlined in Art. 52, par. 1, of the AI Act, according to which

the natural persons exposed to the AI systems must be informed, in a timely, clear and intelligible manner, that they are interacting with an AI system; disclosing that the content was AI-generated would also help distinguishing so-called “deep-fake images” from real ones. Secondly (Art. 28b, para 4, let. b), the system must be trained, designed and developed in such a way as to ensure adequate safeguards against the generation of illegal content. Finally (Art. 28b, para 4, let. c), providers of such systems are required to “document and make publicly available a sufficiently detailed summary of the use of training data protected under copyright law” (on the provisions in the EP’s Position concerning foundation models and generative AI systems, see for instance: J. BRACY, *European Parliament vote pushes AI Act significant step forward*, in *iapp.org*, 14 June 2023; K. J. NAHRA AND OTHERS, *op. cit.*).

4. *Concluding remarks: two considerations on the next steps of the legislative process*

After analysing some of the most relevant aspects of the EP’s Position on the AI Act, in the opinion of the writer it is now possible to make two concluding remarks.

First of all, it can be said that the Parliament undoubtedly adopts a *human rights-oriented approach* to artificial intelligence. Such attitude is extremely evident and emerges from a significant number of elements. The first one is the expansion of *prohibited* AI systems, among which stand out real-time remote biometric identification systems (real-time RBI). If the intention of the Commission is to forbid the use of such systems in publicly accessible spaces, but only for the purpose of law enforcement and unless certain conditions are met, as already seen the EP’s Position tries to introduce a *comprehensive ban on real-time RBI*. Moreover, the Parliament intends to allow post-RBI, but only on condition of very strong safeguards. Obviously, the aim of the EP is to effectively protect our public spaces against intrusive and permanent forms of mass surveillance. The Parliament’s design is further complemented by bans on discriminatory biometric categorisation; on systems used for emotion recognition in the areas of law enforcement, education, border control, and the workplace; and on predictive policing based on the profiling of people (on the point see: N. ASZÓDI, *EU Parliament vote on AI Act: Lawmakers chose to protect people against harms of AI systems*, in *algorithmwatch.org*, 15 June 2023).

The human rights-oriented approach of the EP can be also noticed by

the remarkable expansion of the “high risk” list, that *inter alia* would include systems that pose significant harm to people’s health, safety, fundamental rights or the environment; systems used to influence voters and the outcome of elections; and recommender systems used by very large social media platforms such as Meta and Twitter. Finally, another hint is represented by the increase of fines in case of non-compliance with the AI Act.

Ultimately, it can be stated that the Parliament is very ambitious in protecting the rights of citizens and consumers and that such approach could be strategic in view of the upcoming negotiations. As already mentioned, the Council already appeared to be more attentive to the needs of the enterprises, and in all likelihood will try to make the AI Act more technically feasible and less burdensome for economic operators. Therefore, starting from a position which is more shifted towards human rights is the only way for the EP to achieve, in the end, a satisfying agreement.

The second consideration that can be made, instead, concerns foundation models and generative AI. Such systems, that were not taken into consideration by the 2021 EC’s Proposal, are now under the spotlight (the case of ChatGPT is iconic), and many authors suggested amendments to adapt the AI Act to their specificities. Therefore, the European Parliament introduced in its Position relevant provisions concerning such systems, incorporating many of the suggestions. In particular, as deemed appropriate by important scholars, the EP introduced *ad hoc* provisions (such as transparency obligations, adequate safeguards against the generation of illegal content, etc.) that take into account the peculiar features of the AI systems at stake, starting from the lack of pre-defined purpose.

However, unavoidably, other suggestions were not fully implemented. For example, given the fact that it is not the provider, but rather the user who determines how the systems at stake will be used, it was also advised to give more attention to the (contractual) relationship between providers and their users (on the point see: N. HELBERGER, N. DIAKOPOULOS, *op. cit.*). In the EP’s Position, instead, even if users can fall in the scope of some obligations (for instance, when AI systems qualify as “high risk”), they are excluded from the scope of Art. 28b, which is only devoted to “Obligations of the provider of a foundation model” (on the point see: W. LONG AND OTHERS, *European Parliament Adopts AI Act Compromise Text Covering Foundation and Generative AI*, in *sidley.com*, 23 June 2023).

In conclusion, in the near future it will be necessary to closely follow, on the one hand, the next steps of the legislative process for the adoption of the AI Act and, on the other hand, the unceasing development of these AI

systems, that every day display new uses and implications. Only doing so it will be possible to assess if the steps taken by the European Parliament in regulating foundation models and generative AI are satisfying or if, on the contrary, there is still more to do.

IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA SEGNA IL *LIMES*
TRA I COMPITI DELLA POLITICA
E I POTERI DELLE AUTORITÀ DI REGOLAZIONE

Sveva Troncone*

SOMMARIO: 1. La vicenda dibattuta e il quadro normativo applicabile. – 2. Il confine tracciato dal T.A.R. Lombardia tra attività di regolazione e attività di indirizzo politico. – 3. I rapporti tra il diritto dell'Unione e quello nazionale: il potere-dovere di disapplicazione da parte delle Autorità di regolazione. – 4. Il legittimo affidamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia e in quella nazionale.

1. *La vicenda dibattuta e il quadro normativo applicabile*

Con la sentenza del 23 maggio n. 1231, il T.A.R. Lombardia si è pronunciato in ordine al ricorso presentato da Cilento reti gas s.r.l. contro l'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (di seguito, ARERA). Segnatamente, la Cilento reti gas s.r.l. ha impugnato i provvedimenti con cui ARERA ha disapplicato l'art 114-ter del d.l. 19 maggio 2020 n. 34, dettato in materia di riconoscimento in tariffa degli investimenti effettuati dagli operatori per realizzare la rete di distribuzione del gas metano nelle località di “nuova metanizzazione”, in quanto incompatibile con il diritto dell'Unione. Il giudice lombardo ha dichiarato l'infondatezza dei motivi oggetto di ricorso.

A questo proposito, è utile ricordare che l'art. 33 del Testo unico della regolazione delle qualità e delle tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2020-2025 prevede l'applicazione di un tetto ai costi riconosciuti a copertura dei costi di capitale nelle località di avviamento; regola generale che il giudice amministrativo è chiaramente tenuto ad applicare. Una deroga a tale previsione è stata invece riconosciuta nell'art. 114-ter del d.l. 19 maggio 2020 n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020 n. 77, che ha introdotto il comma 4-bis nell'art. 23 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164. In particolare, il comma in questione considera efficienti e già valutati positivamente ai fini dell'analisi dei costi e benefici per i consu-

* Dott.ssa in Giurisprudenza e Perfezionanda in diritto dell'Unione europea: la Tutela dei diritti, Università degli Studi di Napoli Federico II – 14 luglio 2023.

matori e ammessi dall'Autorità a integrale riconoscimento tariffario: le estensioni e i potenziamenti di reti ed impianti esistenti nei comuni già metanizzati e le nuove costruzioni di reti e di impianti di comuni da metanizzare appartenenti a determinate zone territoriali. Peraltro, la disposizione ha posto in capo all'Autorità l'obbligo di riconoscere un'integrale copertura tariffaria degli investimenti relativi al potenziamento o alla nuova costruzione di reti e impianti in comuni metanizzati o da metanizzare in specifiche località del Paese.

La presunzione assoluta così introdotta risulta in palese contrasto con gli articoli 39, par. 4 e 41, par. 1, lett. a) della direttiva 2009/73/CE. Precisamente, quest'ultimo individua l'ambito della discrezionalità dell'esercizio del potere dell'autorità di regolazione, prevedendo che nei suoi poteri rientra quello "di stabilire o approvare in base a criteri trasparenti, tariffe di trasporto o distribuzione o le relative metodologie di calcolo". Tant'è che ARERA, nel pieno esercizio del potere amministrativo, ha ritenuto di dover disapplicare l'art 114-ter, che avrebbe consentito al potere legislativo di sostituirsi ad essa sia nella fase istruttoria, ovvero di valutazione dell'efficienza degli investimenti, sia nella fase decisionale di riconoscimento dei costi, violando i *limes* esistenti tra legislatore nazionale e autorità amministrativa indipendente.

Il giudice amministrativo lombardo ha, dunque, reputato legittima la disapplicazione dell'art. 114-ter da parte di ARERA, con la fissazione da parte di tale autorità del tetto massimo di riconoscimento in tariffa degli investimenti. Tale disapplicazione, peraltro, non dà luogo a vuoti normativi e incertezze interpretative, in quanto ARERA si è prontamente attivata nel manifestare la sua contrarietà alla normativa interna fin dalla sua entrata in vigore, richiedendone l'abrogazione.

La pronuncia invita perciò a riflettere sul potere/dovere delle autorità indipendenti di non dare attuazione a una norma nazionale, qualora questa risulti in contrasto con una disposizione dell'Unione europea, segnatamente con una direttiva, ma altresì sul principio del legittimo affidamento che viene in rilievo nel caso in cui l'amministrazione abbia fatto nascere nell'interessato, con il proprio comportamento o addirittura con informazioni, un'aspettativa ragionevolmente fondata. La problematica in esame si caratterizza, peraltro, per i notevoli risvolti pratico-applicativi.

2. *Il confine tracciato dal T.A.R. Lombardia tra attività di regolazione e attività di indirizzo politico*

Prima di passare all'esame di tale specifico profilo, occorre ricordare

che la direttiva 2009/73/CE sancisce un principio generale di autonomia e d'indipendenza dell'Autorità rispetto ai poteri politici. L'autonomia e l'indipendenza, che connotano l'attività amministrativa, assumono rilevanza nella fattispecie in commento, in quanto intese come obbligo di perseguire il benessere sociale collettivo, senza operare distinzioni nei confronti di categorie di soggetti sostanzialmente omogenee.

Sul piano funzionale, l'articolo 39, par. 4, lett. a) della direttiva in parola sancisce che gli Stati membri devono garantire che l'Autorità di regolamentazione "sia giuridicamente distinta e funzionalmente indipendente da qualsiasi soggetto pubblico o privato" e, segnatamente, al par. 5, lett. a) che "la stessa possa prendere decisioni autonome, in maniera indipendente da qualsiasi organo politico".

Anche la Corte di giustizia ha confermato tali requisiti, statuendo espressamente "che le ANR devono promuovere gli obiettivi della regolamentazione previsti [dalla normativa comunitaria] nell'esercizio delle funzioni di regolamentazione specificate nel quadro normativo comune. Di conseguenza, [...] anche il bilanciamento di tali obiettivi, in sede di definizione e di analisi di un mercato rilevante suscettibile di regolamentazione, spetta alle ANR e non al legislatore nazionale" (sentenza del 3 dicembre 2009, causa C-424/07, *Commissione c. Germania*, punto 91). E, successivamente, il giudice di Lussemburgo ha stabilito che il principio di democrazia non osta all'esistenza di autorità pubbliche situate al di fuori dell'amministrazione gerarchica classica e più o meno indipendenti dal Governo, che spesso esercitano funzioni regolatrici o compiti che devono essere sottratti all'influenza politica, pur restando soggetti al rispetto della legge, sotto il controllo dei giudici competenti. Il fatto di conferire alle ANR uno *status* indipendente dall'amministrazione generale non è di per sé tale da privare dette autorità della loro legittimità democratica, in quanto esse non sono sottratte a ogni influenza parlamentare (sentenza del 2 settembre 2021, causa C-718/18, *Commissione c. Germania () e 2009/73*).

3. *I rapporti tra il diritto dell'Unione e quello nazionale: il potere-dovere di disapplicazione da parte delle Autorità di regolazione*

Con riguardo alla questione che qui rileva, è ben noto che tra effetto diretto e disapplicazione immediata ricorre un nesso indissolubile (in argomento, D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disappli-*

cazione, oggi, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 3, 2019); ed è pure noto che l'ordine di disapplicazione non vale solo per le autorità giurisdizionali: dunque, anche l'amministrazione dello Stato (centrale e periferica) è, sotto questo punto di vista, equiparata "*mutatis mutandis*" alle Corti nazionali (dello stesso autore, v. *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018, p. 101).

Infatti, con riguardo all'ambito del dovere di disapplicazione e, in particolare, se questo gravi su tutti gli organi dello Stato, ivi comprese le pubbliche amministrazioni, rileva la celeberrima sentenza *Fratelli Costanzo s.p.a.* che ha ben chiarito che, "in tutti i casi in cui alcune disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale sia che l'abbia recepita in modo inadeguato" (sentenza del 22 giugno 1989, causa C-103/88, punto 29). Ed ha poi affermato che sarebbe "contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni" (punto 31). Vale a dire che al diritto dell'Unione sarebbe negato ogni tipo di effetto utile, qualora l'amministrazione dovesse sempre e comunque attendere la disapplicazione della normativa nazionale contrastante da parte del giudice interno oppure, ove non possibile, un intervento legislativo di modifica o la dichiarazione di illegittimità costituzionale (quanto alle autorità amministrative, v. anche la sentenza del 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, punti 26 e 30; quanto ai giudici, v. già la sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, punto 24).

Sempre guardando a quanto qui interessa, è importate richiamare la sentenza *CIF* (9 settembre 2003, causa C-198/01, spec. punto 22), che ha ricostruito in termini di obbligatorietà la disapplicazione, anche da parte di un'autorità di concorrenza nazionale, di norme nazionali che abbiano imposto o favorito comportamenti d'impresa in contrasto con l'art. 81.1 CE (oggi art. 101 TFUE), ovvero ne abbiano legittimato o rafforzato gli effetti, di fatto eludendo il divieto ivi sancito.

Sulla disapplicazione del diritto nazionale da parte di un organismo non giurisdizionale, la Corte di giustizia si è pronunciata anche nel caso *Minister for Justice and Equality e Commissioner of the Garda Síochána*, (4 dicembre 2018, causa C-378/17). Specificatamente, alla Corte era stato chiesto se un organismo nazionale non giurisdizionale, istituito dalla legge di uno Stato membro per dare attuazione al diritto dell'Unione in un settore specifico, avesse o meno il potere di disapplicare una norma nazionale contraria al diritto dell'Unione, visto che la Costituzione nazionale riservava questo potere a determinati organi giurisdizionali. Essa, distinguendo tra potere di disapplicazione e potere di decidere sulla validità di un atto normativo, ha stabilito che il principio del primato osta al limite previsto dalla normativa nazionale suddetta, anche se di rango costituzionale.

Assecondando questo profilo la dottrina ha correttamente parlato di “*administrative direct effect*” (P. CRAIG, G. DE BÛRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2015, p. 207). Si è, cioè, osservato che, anche a prescindere dall'esistenza di un obbligo loro imposto da una normativa nazionale che si ponga in contrasto con il diritto UE, le autorità amministrative sono tenute di per sé a un agire provvedimentoale rispettoso delle norme europee e, quindi, ad astenersi dall'attuare il diritto interno contrastante con la normativa UE; non possono, ovvero, “nascondersi” dietro l'inadempienza del legislatore. Ovviamente, onde evitare che un'applicazione a geometria variabile (troppo decentralizzata) del diritto UE crei un'insostenibile incertezza giuridica, quelle stesse amministrazioni nazionali dovranno “*as far as possible*” servirsi delle procedure nazionali, al fine di risolvere l'eventuale conflitto (D. GALLO, *L'efficacia diretta*, cit., p. 101; in questi termini, J. H. JANS, M. VERHOEVEN, *Europeanisation via Consistent Interpretation and Direct Effect*, in J. H. JANS, S. PRECHAL, R. J. G. M. WIDDERSHOVEN (eds.), *Europeanisation of Public Law*, Groningen, 2015, pp. 126-127).

Da quanto detto è facile cogliere come la disapplicazione sia il meccanismo attraverso il quale si realizza il principio del primato del diritto dell'Unione (anche collegato al principio di leale cooperazione; sul punto, P. DE PASQUALE, *Competenze proprie degli Stati e principio di leale collaborazione*, in AA.VV., *Temi e questioni di Diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, pp. 5-13) e, quindi, l'inefficacia automatica della norma interna, quand'anche di rango costituzionale (da ultimo, sentenza del 21 dicembre 2021, causa C-497/20, *Randstad Italia*, punto 52), che si trova in contrasto con il diritto dell'Unione europea, atteso che un eventuale *modus operandi* contrario spoglierebbe di ogni utilità l'ordinamento europeo, negandone la sua unità ed efficacia e, per l'effetto, la sua stessa ragione d'essere.

Il giudice di Lussemburgo ha finanche affermato l'obbligo dell'amministrazione di non dare seguito a un atto amministrativo, la cui legittimità sia stata riconosciuta con sentenza passata in giudicato, ma la cui incompatibilità con il diritto dell'Unione sia stata successivamente stabilita dalla Corte di giustizia all'esito di un rinvio pregiudiziale (sentenza del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne*). Come rilevato in dottrina, in tale pronuncia, l'elemento centrale è quello della possibile revocabilità di una decisione amministrativa definitiva sulla base di quel che prevede il diritto amministrativo nazionale, trovando applicazione in tal caso l'autonomia procedurale degli Stati membri (B. CORTESE, *L'incidenza del diritto comunitario sulle sentenze nazionali definitive: esclusività del sistema giurisdizionale comunitario e nuovi limiti al principio di autonomia procedurale degli Stati membri - Il caso Lucchini*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009, pp. 36-60, spec. p. 43).

Nella scia di questo orientamento si pongono anche le giurisdizioni nazionali. Così, di recente, il Consiglio di Stato ha ricordato come esso, sin dalla sentenza sez. V, 6 aprile 1991, n. 452, ha chiarito che tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi gli organi amministrativi, devono riconoscere come diritto legittimo e vincolante le norme dell'Unione europea, non applicando le norme nazionali contrastanti (sentenza dell'Adunanza Plenaria del 9 novembre 2021, n. 18). Un orientamento minoritario riserva invece la piena competenza a dare applicazione immediata alle norme dell'Unione provviste di efficacia diretta soltanto ai giudici nazionali, precludendo tale potere all'amministrazione (sentenza del TAR Lecce, sez. I, del 27 settembre 2020, n. 895). Tale orientamento non può essere in alcun modo condiviso, in quanto la sua applicazione autorizzerebbe la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto (F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, in *Diritto e società*, n. 3, 2021, p. 372).

Non si discosta da tale giurisprudenza la Corte costituzionale che, nella sentenza n. 67 del 2022, ha configurato il principio del primato del diritto dell'Unione e l'art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE come "l'architrave su cui poggia la comunità di corti nazionali, tenute insieme da convergenti diritti e obblighi". Peraltro, già con le sentenze n. 389 del 1989 e n. 168 del 1991, aveva affermato che la normativa UE deve trovare immediata applicazione non solo da parte del giudice nazionale nell'esercizio della sua giurisdizione, ma

anche della stessa pubblica amministrazione nello svolgimento della sua attività amministrativa.

L'obbligo di disapplicazione, dunque, ricade in ogni caso anche in capo alle autorità indipendenti. E la *ratio* di tale obbligo è stata evidenziata dalla dottrina, che ne ha ravvisato il fondamento nella necessità di garantire al cittadino una tutela diffusa dei suoi diritti (G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De PASQUALE, F. FERRARO, III ed., Napoli, 2021, p. 246).

4. *Il legittimo affidamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia e in quella nazionale*

La sentenza in commento spinge a un'ultima riflessione in tema di legittimo affidamento, giacché il ricorrente ha dedotto la mancata tutela dell'affidamento in capo agli operatori che hanno assunto impegni ed effettuato investimenti per avviare le nuove opere di metanizzazione.

Al riguardo, è utile rammentare che il principio del legittimo affidamento, secondo un costante orientamento giurisprudenziale, rappresenta un principio generale dell'ordinamento dell'Unione, oltre che del diritto nazionale (tra le varie sentenze: 3 maggio 1978, causa 112/77, *Töpfer*; 21 settembre 1983, cause riunite 205-215/82, *Deutsche Milchkontor*; 9 maggio 1983, causa C-289/81, *Mavaridis*; 17 aprile 1997, causa C-90/95, *Henri de Compte/Parlamento*; 26 febbraio 1987, causa 15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo*; 20 giugno 1991, causa C-248/89, *Cargill*).

Difatti, la Corte costituzionale ha indicato, nella sentenza n. 108 del 2019, sulla base di una consolidata giurisprudenza dell'Unione, quali elementi devono essere valutati per comprendere se la disciplina sopravvenuta incida in modo illegittimo sull'affidamento dei destinatari. In particolare, occorrendo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati (come da insegnamento della Corte costituzionale: sentenze n. 25 del 2019, n. 58 del 2018; n. 63 del 2016; n. 85 del 2013 e n. 264 del 2012), la verifica della ragionevolezza del regime giuridico sopravvenuto deve fondarsi per la Corte su tre elementi: la prevedibilità della modifica peggiorativa imposta, la proporzionalità con cui essa incide sulle posizioni giuridiche preesistenti e la previsione di norme transitorie, che rendano meno traumatico il passaggio dalla precedente normativa a quella nuova, così consentendo ai soggetti interessati di adeguarsi allo *ius superveniens* senza subirne un pregiudizio eccessivo.

In tali occasioni viene in rilievo altresì lo stretto legame tra il principio del legittimo affidamento e quello della certezza del diritto. In riferimento a quest'ultimo, ritenuto cardine per ogni moderno Stato di diritto, ne è sottolineata la natura "una e trina".

Secondo la dottrina, il principio della certezza del diritto si comporrebbe infatti di tre sotto principi: l'irretroattività degli atti normativi, la tutela del legittimo affidamento e la protezione dei diritti quesiti (S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, p. 52). Invero, "in forza della tutela del legittimo affidamento, quale corollario della certezza, il diritto di far valere una determinata tutela spetta a qualsiasi soggetto dell'ordinamento, in capo al quale un'istituzione dell'Unione abbia ingenerato fondate aspettative, fornendogli puntuali assicurazioni, mediante informazioni precise, categoriche e concordanti, a prescindere dalla forma in cui queste vengono comunicate. In caso contrario, non è possibile invocare una violazione del principio in questione" (P. DE PASQUALE, *Il principio della certezza del diritto nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2023, p. 413; v., in tal senso, la sentenza del 13 settembre 2017, causa C-350/16, *Pappalardo e a./Commissione*, punto 39 e giurisprudenza ivi citata).

Vale a dire che il legittimo affidamento, nell'Unione europea, ha carattere oggettivo, potendo sorgere solo se ricorrono alcune condizioni, quali le rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, che siano state fornite all'interessato dall'amministrazione. Non è possibile, ad esempio, invocare il legittimo affidamento rispetto ad una prassi nazionale non conforme al diritto dell'Unione (G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 172, nonché sentenza della Corte del 1° aprile 1993, cause C-31-44/91, *Lageder*). E, comunque, tali rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui sono rivolte ed è necessario che esse siano conformi alle norme applicabili.

In termini più generali, si è affermato altresì che, "qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato" (sentenza del 16 ottobre 2019, causa C-490/18, *SD*, punto 36). Inoltre, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali (v., segnatamente, sentenze del 10 settembre 2009, causa C-201/08, *Plantanol*,

punto 53; e del 10 dicembre 2015, causa C-427/14, *Valsts ieņēmumu dienests*, punto 39).

Pure, in ambito nazionale, secondo la giurisprudenza amministrativa, la tutela da parte dell'ordinamento dell'affidamento nella stabilità dei rapporti giuridici posti in essere dalla P.A, nell'esercizio del potere, è soggetta ad alcuni requisiti, necessari affinché l'affidamento alla stabilità del privato possa avere tutela. È necessaria, dunque, la sussistenza di un comportamento colpevole da parte dell'amministrazione e, in questo caso specifico, da parte di ARERA. Tale circostanza non è, però, riscontrabile nel caso di specie, dal momento che ARERA si è limitata a esercitare pienamente il suo legittimo potere discrezionale.

Cosicché, anche con riguardo al legittimo affidamento, ulteriore *ratio decidendi* della pronuncia, si rileva una sincronia di opinioni fra la giurisprudenza europea e quella amministrativa interna. Invero, il T.A.R. Lombardia ha convenuto, nell'ultimo capoverso della sentenza in commento, che, “qualora un operatore economico di media diligenza sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, non si può invocare tale principio nel caso in cui il provvedimento venga adottato”. Ed ha aggiunto che “non è possibile fondare una pretesa di conservazione della situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del legittimo esercizio del potere discrezionale da parte delle autorità nazionali, in quanto “il comportamento di un'autorità nazionale incaricata di applicare il diritto dell'Unione che sia in contrasto con quest'ultimo, non può legittimare, in capo ad un operatore economico, un legittimo affidamento a beneficiare di un trattamento contrario al diritto dell'Unione” (in tal senso si veda la sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-516/16, *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse eGen*, punto 69).

Nel suo complesso, la sentenza in esame non può che essere giudicata positivamente, in quanto rappresenta una dimostrazione tangibile del progressivo allineamento della giurisprudenza amministrativa nazionale ai principi ricavabili dal diritto dell'Unione in tema di efficacia diretta e legittimo affidamento. Essa, cioè, offre l'opportunità di fare chiarezza, una volta in più, in merito alla questione “inerente all'effetto diretto in modo da evitare che vengano messi in discussione principi ormai consolidati della giurisprudenza della Corte di giustizia, ma che stentano, ancora oggi, ad essere del tutto metabolizzati da alcuni organi giurisdizionali nazionali, come nel caso del TAR Lecce” (F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali*, cit., p. 372).

