



Collana diretta da Angela Di Stasi

# LO SPAZIO DI LIBERTÀ SICUREZZA E GIUSTIZIA

A VENT'ANNI DAL CONSIGLIO EUROPEO DI TAMPERE

a cura di

**Angela Di Stasi Lucia Serena Rossi**

EDITORIALE SCIENTIFICA

2020

Collana  
Freedom, Security & Justice: European Legal Studies



## **DIRETTORE**

Angela Di Stasi

## **COMITATO SCIENTIFICO**

Sergio Maria Carbone, Roberta Clerici, Nigel Lowe, Paolo Mengozzi,  
Massimo Panebianco, Guido Raimondi, Silvana Sciarra,  
Giuseppe Tesauero, Antonio Tizzano, Ugo Villani

## **COMITATO EDITORIALE**

Maria Caterina Baruffi, Giandonato Caggiano, Pablo Antonio Fernández Sánchez,  
Inge Govaere, Paola Mori, Claudia Morviducci, Lina Panella,  
Nicoletta Parisi, Lucia Serena Rossi, Ennio Triggiani

## **COMITATO DEI REFEREES**

Bruno Barel, Marco Benvenuti, Raffaele Cadin, Ruggiero Cafari Panico,  
Ida Caracciolo, Luisa Casseti, Giovanni Cellamare, Marcello Di Filippo,  
Rosario Espinosa Calabuig, Giancarlo Guarino, Elspeth Guild, Ivan Ingravallo,  
Paola Ivaldi, Luigi Kalb, Luisa Marin, Simone Marinai, Fabrizio Marongiu  
Buonaiuti, Rostane Medhi, Violeta Moreno-Lax, Leonardo Pasquali, Piero Pennetta,  
Emanuela Pistoia, Concetta Maria Pontecorvo, Pietro Pustorino,  
Alessandra A. Souza Silveira, Chiara Enrica Tuo,  
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Alessandra Zanobetti

**ANGELA DI STASI      LUCIA SERENA ROSSI**

(a cura di)

## **LO SPAZIO DI LIBERTÀ SICUREZZA E GIUSTIZIA**

**A VENT'ANNI DAL CONSIGLIO EUROPEO DI TAMPERE**

con i contributi di

**Maria Caterina Baruffi - Francesco Buonomenna - Ruggiero Cafari Panico  
Giondonato Caggiano - Luisa Casseti - Giovanni Cellamare  
Franco De Stefano - Giovanni Diotallevi - Pablo Antonio Fernández Sánchez  
Luigi Kalb - Armando Lamberti - Michele Messina - Lina Panella  
Chiara Parisi - Valeria Piccone - Anna Pitrone - Fausto Pocar  
Tommaso Rafaraci - Guido Raimondi - Francesco Rotondo  
Ugo Villani - Alessandra Zanobetti**

Editoriale Scientifica  
NAPOLI

Volume pubblicato con il parziale contributo dell'Università degli Studi di Salerno e del Dipartimento di Scienze Giuridiche e della Jean Monnet Chair "Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice" (Chair Holder: Prof. Angela Di Stasi), presso l'Università degli Studi di Salerno (Erasmus+ Programme – Jean Monnet Action, finanziato dalla Commissione europea, Grant Decision 2017-2044/001-001).

Co-funded by the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union



*Comitato di redazione*

Anna Iermano, Rossana Palladino  
Angela Festa, Alessio Gaudieri, Fabiola Pacia

Copyright © 2020 Editoriale Scientifica S.r.l.  
Via San Biagio dei Librai 39  
80138 Napoli

[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com)

ISBN 978-88-9391-756-8

*Those who would give up essential Liberty,  
to purchase a little temporary Safety,  
deserve neither Liberty nor Safety*

(Benjamin Franklin)



## INDICE

**Presentazione/Preface** – *Angela Di Stasi e Lucia Serena Rossi* 9

**Osservazioni introduttive: Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, Brexit e diritti fondamentali** – *Fausto Pocar* 19

### I SEZIONE

#### **Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e dialogo tra le Corti**

Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e tutela *multilevel* dei diritti fondamentali – *Guido Raimondi* 27

I diritti fondamentali nel dialogo tra la Corte Costituzionale e la Corte di giustizia – *Ugo Villani* 39

Diritti, Carte e politiche pubbliche – *Luisa Cassetti* 65

Fra interpretazione e dialogo. Il ruolo del giudice nazionale – *Valeria Piccone* 97

Libertà di informazione e democrazia: approccio *multilevel* e questioni attuali – *Armando Lamberti* 139

### II SEZIONE

#### **Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia civile**

Qualche riflessione sul diritto internazionale privato italiano a vent'anni da Tampere – *Alessandra Zanobetti* 191

Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la famiglia nella pluralità dei modelli culturali – *Lina Panella* 215

Il principio dei *best interests of the child* negli strumenti di cooperazione giudiziaria civile europea – *Maria Caterina Baruffi* 233

Riflessioni sull'evoluzione degli *status* familiari tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e quella della Corte di giustizia – *Francesco Buonomenna* 257

Lo stato dell'arte delle controversie transfrontaliere nello Spazio europeo – *Franco De Stefano* 277



## III SEZIONE

**Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale**

Questioni problematiche in tema di Procura europea – <i>Luigi Kalb</i>	291
Il principio del <i>ne bis in idem</i> nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia – <i>Tommaso Rafaraci</i>	333
Note sulla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea – <i>Francesco Rotondo</i>	355
Dalle rogatorie all'ordine di indagine europeo – <i>Giovanni Diotallevi</i>	367

## IV SEZIONE

**Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e flussi migratori**

Recenti sviluppi del regime delle frontiere esterne nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia – <i>Giandonato Caggiano</i>	383
Osservazioni sulla politica dell'UE in materia di rimpatri – <i>Giovanni Cellamare</i>	417
Immigrazione irregolare e diritti umani: la prospettiva della Corte EDU e della Corte UE – <i>Pablo Antonio Fernández Sánchez</i>	443
Il fallimento della solidarietà nella gestione dei flussi migratori: la responsabilità degli Stati membri con la <i>complicità</i> delle istituzioni dell'Unione? – <i>Michele Messina</i>	475
Lo <i>status</i> giuridico del lungo soggiornante: i limiti della direttiva 2003/109/CE – <i>Anna Pitrone</i>	491
Il visto umanitario nell'ambito dell'Unione europea – <i>Chiara Parisi</i>	507
<b>Conclusioni</b> – <i>Ruggiero Cafari Panico</i>	529
<i>Abbreviazioni principali periodici</i>	553

## PRESENTAZIONE

Il presente volume raccoglie gli atti di un Convegno tenutosi presso l'Università di Salerno il 18-19 ottobre 2019, che ha colto l'occasione della ricorrenza dei vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere per fare il punto su numerosi aspetti dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Il Convegno e questo stesso libro sono uno dei molti prodotti della collaborazione scientifica fra un gruppo di studiosi che, da tempo, ruota attorno alla Rivista *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*.

Le relazioni e gli interventi originari sono stati ampiamente rivisti alla luce degli sviluppi, tanto normativi che giurisprudenziali, che hanno interessato, nel segmento temporale intercorso, lo spazio giuridico e giudiziario europeo come pure ne è stata significativamente modificata la loro collocazione alla luce di un impianto sistematico quadripartitico.

La lettura dei pregevoli contributi a questo libro induce ad una riflessione proprio sull'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, un'evoluzione probabilmente inattesa per quello che poteva apparire, nell'iniziale configurazione datagli dal Trattato di Maastricht, come un coacervo di competenze incomplete in materie disparate. La stessa definizione dello Spazio pareva inizialmente un ossimoro, ma in effetti tracciava l'obiettivo, tanto per le istituzioni dell'Unione che adottano la legislazione europea, quanto per gli Stati membri che devono attuare quest'ultima, di contemperare i valori, tendenzialmente antagonisti della libertà e della sicurezza, i quali, anche per non contraddire il terzo valore, rappresentato dalla giustizia, devono essere bilanciati fra loro, alla luce della Carta dei diritti fondamentali e del principio di proporzionalità.

Lo Spazio di libertà sicurezza e giustizia è oggi diventato una delle aree più dinamiche sotto il profilo dell'adozione di nuovi atti,

che stanno producendo, anche grazie all'uniforme interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, un ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri basato su principi di mutua fiducia e leale cooperazione. Ma, soprattutto, se da un lato esso è sottoposto ai principi sviluppati dalla CGUE a proposito degli altri settori del diritto dell'Unione, d'altro lato costituisce, in maniera crescente, un vero e proprio laboratorio, in cui la Corte di giustizia elabora nuovi principi, con uno *spillover* che va ben oltre le pur numerose materie dello Spazio stesso. La giurisprudenza sviluppata in tale ambito ha enunciato principi generali che si estendono a tutto l'ordinamento dell'Unione, innanzitutto con riferimento ai diritti fondamentali, ma anche in relazione a temi più ampi come, per fare qualche esempio, le modalità della cooperazione giudiziaria attraverso il principio del mutuo riconoscimento<sup>1</sup>, i limiti che a quest'ultimo principio possono derivare per la tutela dei diritti fondamentali<sup>2</sup>, la nozione di giudice indipendente<sup>3</sup>, il principio di autonomia procedurale<sup>4</sup>, sino ad arrivare alle questioni della disapplicazione o dell'interpretazione conforme delle norme nazionali contrastanti con decisioni quadro e, per analogia, con le direttive<sup>5</sup>.

Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia è poi un terreno dove si coltiva l'applicazione e l'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, non solo in relazione a singole norme della stessa, ma anche come metodo di bilanciamento fra diritti confliggenti o fra diritti individuali ed interesse generale. Si può anzi

<sup>1</sup> V., da ultimo, Corte di giustizia, sentenza del 3 marzo 2020, X (Mandato d'arresto europeo - Doppia incriminazione), causa C-717/18, ECLI:EU:C:2020:142.

<sup>2</sup> Corte di giustizia, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi*, cause C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198.

<sup>3</sup> V. le recenti sentenze della Corte di giustizia del 27 maggio 2019, *OG* (Uffici della Procura di Lubeca) e *PI* (Uffici della Procura di Zwickau), cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456; *PF* (Procuratore generale di Lituania), causa C-509/18, ECLI:EU:C:2019:457 e del 23 maggio 2019, *WB*, causa C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444.

<sup>4</sup> Corte di giustizia, sentenza del 5 giugno 2018, *Kolev e a.*, causa C-612/15, ECLI:EU:C:2018:392.

<sup>5</sup> V. Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2019, *Popławski*, causa C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 (c.d. *Popławski II*) e del 4 marzo 2020, *Bank BGŻ BNP Paribas*, causa C-183/18, ECLI:EU:C:2020:153.

affermare che è proprio la natura “ossimorica” dello Spazio e la necessità di trovare un equilibrio fra le sue componenti e fra i diversi valori sottostanti che ne fanno il terreno privilegiato per sperimentare tecniche e principi di bilanciamento che potranno essere estesi anche ad altri settori.

Gli sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia sono stati possibili anche grazie al dialogo da un lato con la Corte EDU e dall'altro con i giudici degli Stati membri dell'Unione. Sotto il primo profilo, se la Corte di Lussemburgo si ispira negli standard di tutela a quelli fissati dalla Corte di Strasburgo<sup>6</sup>, è interessante ricordare che quest'ultima Corte ha recentemente considerato che il non adempimento degli obblighi imposti allo Stato di esecuzione dalla normativa sul mandato d'arresto europeo costituisce anche una violazione del diritto alla sicurezza previsto dalla CEDU<sup>7</sup>. Sotto il secondo profilo, si è instaurato un dialogo fruttuoso con i giudici nazionali, dialogo che, in considerazione della delicatezza delle materie trattate, spesso coinvolge anche le Corti Costituzionali<sup>8</sup>. Sempre più frequentemente, d'altro canto, la Corte di giustizia si limita a fissare nelle sue pronunce una griglia di criteri interpretativi generali e astratti, lasciando al giudice del rinvio il compito di applicarli ai fatti, e di procedere alla soluzione concreta del caso<sup>9</sup>. Ed è opportuno ricordare che, poiché nel momento della creazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia era stata lasciata agli Stati membri la possibilità di limitare alle sole giurisdizioni nazionali di ultima istanza il rinvio pregiudiziale in materia – cosa che il nostro Paese non ha fatto – i giudici italiani hanno da subito potuto

<sup>6</sup> V. ad esempio, Corte di giustizia, sentenza del 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, causa C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857, in cui si discuteva della misura minima delle celle carcerarie o Corte di giustizia, sentenza del 5 dicembre 2019, *Centraal Justitiele Incassobureau* (Riconoscimento ed esecuzione delle sanzioni pecuniarie), causa C-671/18, ECLI:EU:C:2019:1054, sul principio di tutela giurisdizionale effettiva.

<sup>7</sup> V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 luglio 2019, ricorso n. 8351/17, *Romeo Castaño c. Belgio*.

<sup>8</sup> V., ad esempio, la nota sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, *Melloni*, causa C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

<sup>9</sup> V., ad esempio, le recenti sentenze del 12 dicembre 2019, *E.P.* (Minaccia per l'ordine pubblico), causa C-380/18, ECLI:EU:C:2019:1071 e *G.S. e V.G.* (Minaccia per l'ordine pubblico), cause riunite C-381/18 e C-382/18, ECLI:EU:C:2019:1072.

dare un contributo importante<sup>10</sup>, un contributo che sin dagli inizi si è configurato come aperto alle innovazioni e alla cooperazione sovranazionale e transnazionale.

Il risultato di questo processo ha portato, dopo vent'anni, la legislazione e la giurisprudenza dell'Unione europea a modellare in maniera dinamica ed innovativa degli spazi normativi prima gelosamente rinchiusi nelle competenze nazionali, quali il diritto penale, il diritto penal-processuale o il diritto internazionale privato. Oggi, guardandoci indietro, sembra quasi impossibile poter fare a meno di una tale cooperazione. Certo, non tutti i settori dello Spazio di libertà sicurezza e giustizia hanno progredito allo stesso modo. Rimane, infatti, il nodo delle politiche di asilo e protezione temporanea, materie che, proprio a causa di una armonizzazione tanto vincolante quanto ancora incompleta, continuano a suscitare tensioni fra gli Stati e i popoli dell'Unione europea<sup>11</sup>.

Proprio a causa dei suoi successi, ma anche dei suoi insuccessi, si può prevedere che lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia continuerà nei prossimi anni ad espandersi da un punto di vista normativo, mentre sotto il profilo giurisprudenziale la Corte di giustizia continuerà ad affinare il bilanciamento, particolarmente complesso in queste materie, fra i diritti e i valori fondamentali. Un bilanciamento che, va ricordato, agisce su tre piani: quello interordinamentale, sia a livello verticale nei rapporti fra individui ed istituzioni dell'Unione, che orizzontale fra diritti individuali confliggenti; rispetto ai valori espressi dalle Costituzioni nazionali; ed infine nel confronto con le norme internazionali, principalmente, anche se non esclusivamente, con quelle del Consiglio d'Europa. Un bilanciamento ancora più delicato in un momento, come è quello attuale, in cui il percorso di rimozione delle asimmetrie applicative tra i tre elementi costitutivi dello Spazio di libertà sicurezza e giustizia è costretto inevitabilmente a misurarsi con la difficile convivenza di singoli diritti e singole libertà con altri diritti e altre libertà.

<sup>10</sup> Si pensi, ad esempio, alla nota sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005, *Pupino*, causa C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386.

<sup>11</sup> V. la recentissima sentenza del 2 aprile 2020, *Commissione c. Polonia e a.*, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257.

Per tutte queste ragioni, lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia continuerà ad essere una materia che necessita studio e approfondimento, in cui il dibattito fra studiosi del diritto dell'Unione, studiosi di altre discipline, magistrati ed altri operatori del diritto, come appunto quello che ha dato origine al presente volume, si rivela particolarmente utile.

*Salerno-Lussemburgo, 5 aprile 2020*

*Angela Di Stasi\* - Lucia Serena Rossi\*\**

\* Professore ordinario di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea – Università degli Studi di Salerno. Titolare della Jean Monnet Chair “Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice”.

\*\* Giudice presso la Corte di giustizia dell'Unione europea (*le opinioni espresse sono strettamente personali e non coinvolgono la Corte*). Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea – Università degli Studi di Bologna.



## PREFACE

This volume collects the proceedings of a conference held at the University of Salerno on 18-19 October 2019, in conjunction with the 20th anniversary of the European Council Meeting in Tampere, whose objective was to assess the numerous aspects of the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ). Both that conference and this volume are an example of the various research outputs produced by the scholars cooperating in the context of the journal 'Freedom, Security & Justice: European Legal Studies'.

The original interventions have been significantly revised in the light of the regulatory and jurisprudential developments that have affected the European legal and judicial system in the recent years. In addition, the chapters have been compiled in the context of a quadripartite structure.

The valuable contributions of this volume trigger a reflection on the evolution of the AFSJ. Such a transformation was probably unexpected for the AFSJ, that might have appeared as a bundle of incomplete competences in disparate subjects in its initial configuration under the Treaty of Maastricht. The very definition of AFSJ seemed initially an oxymoron. Remarkably, this notion set the goal to balance the antagonistic values of 'freedom' and 'security' both for the EU institutions and the Member States when implementing measures falling within the scope of that area. Furthermore, the same name of AFSJ requested that the balancing between 'freedom' and 'security' should not contradict a third value, represented by justice, to be interpreted in the light of the Charter of Fundamental Rights and the principle of proportionality.

The AFSJ has currently become one of the most dynamic areas in terms of the adoption of new measures, with an increasing approximation of the laws of the Member States. In this context, the principles developed by the Court of Justice of mutual trust and sincere coopera-



tion, as well as of uniform interpretation, have played a significant role. While, on the one hand, the AFSJ is subject to the general principles of EU law applicable also in other EU policy areas, on the other hand, the AFSJ constitutes, increasingly, a real laboratory, in which the Court of Justice develops new principles, with a spill-over effect that goes far beyond that area. In fact, the jurisprudence developed in this field has established general principles that concern the whole EU system, in particular the protection of fundamental rights. Moreover, the case law concerning the AFSJ allowed the creation of general principles that impact areas ranging from the judicial cooperation through the principle of mutual recognition,<sup>1</sup> the limits to the protection of fundamental rights stemming from the same principle,<sup>2</sup> the notion of independent jurisdiction,<sup>3</sup> to the principle of procedural autonomy<sup>4</sup> and the issues of setting aside (or of consistently interpreting) national rules conflicting with framework decisions and, by analogy, directives.<sup>5</sup>

The AFSJ is thus a field where the application and interpretation of the Charter of Fundamental Rights of the Union is prospering, not merely in relation to the interpretation of individual norms, but, even more interestingly, in the balancing between conflicting rights or between individual rights and the general interest. Indeed, it is precisely the “oxymoronic” nature of the AFSJ and the need to find a balance between its different components and the underlying values that make it the privileged ground for experimenting techniques and balancing principles that can be extended also to other sectors.

<sup>1</sup> See Court of Justice, judgment of 3 March 2020, X (European arrest warrant - Double indictment), case C-717/18, ECLI:EU:C:2020:142.

<sup>2</sup> Court of Justice, judgment of 5 April 2016, *Aranyosi*, cases C-404/15 and C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198.

<sup>3</sup> V. See the recent judgments of the Court of Justice of 27 May 2019, *OG* (Public Prosecutor’s Office of Luebeck) and *PI* (Public Prosecutor’s Office of Zwickau), joined cases C-508/18 and C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456; *PF* (Attorney General of Lithuania), case C-509/18, EU:C:2019:457 and of the 23 May 2019, *WB*, case C-658/17, EU:C:2019:444.

<sup>4</sup> Court of Justice, judgment of 5 June 2018, *Kolev and others*, case C-612/15, ECLI:EU:C:2018:392.

<sup>5</sup> V. See Court of Justice, judgment of 24 June 2019, *Popławski*, case C-573/17, EU:C:2019:530 530 (so-called *Popławski II*) and 4 March 2020, *Bank BGŻ BNP Paribas*, case C-183/18, ECLI:EU:C:2020:153.

Developments in the jurisprudence of the Court of Justice have also been possible thanks to the dialogue, on the one hand, with the European Court of Human Rights and, on the other hand, with the judges of the Member States of the Union. Two observations may be put forward. First, while it is acknowledged that the Court of Luxembourg takes inspiration from the Court of Strasbourg in the protection standards of fundamental rights,<sup>6</sup> it is worth recalling that the latter Court recently considered that the non-fulfilment of the obligations imposed by the rules on the European Arrest Warrant constitutes a violation of the ECHR's right to security.<sup>7</sup>

Second, the Court of Justice and the national judges have established a fruitful dialogue. This judicial conversation has often involved Constitutional Courts, as a testament of the complexity of the matters dealt with.<sup>8</sup> In this context, the Court of Justice is increasingly limiting itself to establishing a set of general and abstract interpretative criteria in its rulings, leaving the referring judge the task of applying them to the facts and proceeding in order to find the concrete solution of the case.<sup>9</sup> In this respect, it should be recalled that the Italian judges were immediately able to make a substantial contribution to the development of the AFSJ: this is due to the fact that the Italian authorities have in fact decided not to use the option, envisaged under the Treaties, to limit to courts of last instance the power to refer questions to the Court of Justice in the AFSJ.<sup>10</sup>

In the course of 20 years, the Union legislative developments and the Court of Justice's jurisprudence have shaped, in a dynamic and innovative

<sup>6</sup> See, for example, Court of Justice, judgment of 15 October 2019, *Dorobantu*, case C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857, which discussed the minimum size of prison cells or Court of Justice, judgment of 5 December 2019, *Centraal Justitieel Incassobureau* (Recognition and enforcement of fines), case C-671/18, ECLI:EU:C:2019:1054, on the principle of effective judicial protection.

<sup>7</sup> See European Court of Human Rights, judgment of 9 July 2019, application no. 8351/17, *Romeo Castaño v. Belgium*.

<sup>8</sup> See, for example, the well-known judgment of the Court of Justice of 26 February 2013, *Melloni*, case C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

<sup>9</sup> See, for example, the recent judgments of 12 December 2019, *EP* (Threat to public order), case C-380/18, ECLI:EU:C:2019:1071 and *GS and VG* (Threat to public order), joined cases C-381/18 and C-382/18, ECLI:EU:C:2019:1072.

<sup>10</sup> Let's consider, for example, the well-known judgment of the Court of Justice of 16 June 2005, *Pupino*, case C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386.

way, a regulatory space jealously left in the past to national competences. This space included areas such as criminal law, criminal procedural law or private international law. Today, looking backwards, it seems almost impossible to renounce to judicial cooperation in the AFSJ. Nevertheless, not all areas of the AFSJ have progressed in the same way. Indeed, the crux of asylum and temporary protection policies remains. These matters continue to arouse tensions among the States and the people of the European Union because of an incomplete harmonisation.

Because of its success, but also of its failures, the AFSJ will continue to expand in the coming years from a regulatory point of view; in parallel, the Court of Justice will strive to refine the particularly complex interactions between fundamental rights and values in this field.<sup>11</sup> It is worth mentioning that the balancing between rights in the AFSJ operates on three levels: the internal level of the EU legal order, both vertically, in the relations between individuals and institutions of the Union, and horizontally, between conflicting individual rights; that of the national systems and the respective Constitutions and values; and, finally, that of the international standards, mainly, though not exclusively, those of the Council of Europe. This balancing becomes even more delicate under the current Treaties' framework, in which the removal of the asymmetries among the three building blocks of the AFSJ inevitably conflicts with the difficult coexistence of colliding individual rights and freedoms.

For all these reasons, the AFSJ will maintain its importance in future EU law studies. The debate, such as the one included in this volume, among scholars of Union law and of other disciplines, judges and practitioners, is particularly useful.

*Salerno-Luxembourg, 5 April 2020*

*Angela Di Stasi\* - Lucia Serena Rossi\*\**

<sup>11</sup> See the recent judgment of 2 April 2020, *Commission v. Poland and others*, joined cases C-715/17, C-718/17 and C-719/17, ECLI:EU:C: 2020:257.

\* Full Professor of International Law and European Union Law – University of Salerno. Jean Monnet Chair “Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice”.

\*\* Judge at the Court of Justice of the European Union (*the opinions expressed are strictly personal and do not involve the Court*). Full Professor of European Union Law – University of Bologna.

OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE:  
SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA,  
BREXIT E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

*Fausto Pocar\**

È innegabile che, durante i vent'anni trascorsi dal Consiglio europeo di Tampere, lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia è progressivamente diventato sempre più uno degli assi portanti dell'Unione europea, forse anche con la complicità delle difficoltà che hanno caratterizzato il progresso di altri settori dell'attività dell'Unione, in particolare in materia economica e fiscale e in tema di politica estera. Il settore giuridico, che all'inizio dell'esperienza comunitaria era indicato come un terzo ambito di integrazione, dopo quello economico e quello politico, ha acquistato sempre maggiore importanza non solo per le dimensioni della produzione normativa dell'Unione in materia, ma soprattutto per il contributo che ha offerto all'integrazione europea dal punto di vista della condizione delle persone che degli Stati europei sono cittadini o in essi risiedono stabilmente. Non vi è altra area del pianeta in cui la cooperazione fra Stati abbia prodotto uno Spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia paragonabile a quello europeo, soprattutto in termini di libertà di movimento e di circolazione, di sicurezza sociale e di godimento dei diritti fondamentali e della loro protezione giuridica, anche attraverso il diritto di accesso alla giustizia quando essi siano oggetto di violazione.

Vero è che la percezione di questo *acquis* da parte dei titolari delle libertà, della sicurezza e dei diritti fondamentali protetti non è sempre stata adeguata ai risultati raggiunti e che spesso i cittadini europei non se ne sono resi conto e hanno anzi pesantemente criticato e accusato le istituzioni comuni per la loro inazione. Vero è anche che è giusto discutere l'*acquis* in modo costruttivo al fine di cercare di fare meglio e di più. Ma spesso la critica non è stata affatto costruttiva ed è stata piuttosto il prodotto di ignoranza o di manipolazione politica e mediatica di chi sostiene, in diversi Stati membri, che i mali

\* Professore emerito di Diritto Internazionale – Presidente della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea (SIDI).

dell'Europa stanno nella cooperazione internazionale per rivendicare un distacco da tale cooperazione e un ritorno all'esercizio, in ordine sparso, delle prerogative sovrane degli Stati. Si deve del resto ad una di queste manipolazioni il successo del referendum popolare in favore della separazione del Regno Unito dall'Unione europea che sarà formalizzata in tutti i suoi aspetti nei prossimi mesi.

Comporterà questa separazione anche una restrizione geografica dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia come oggi si configura a vent'anni dal Consiglio di Tampere? Sembra probabile, se si considerano le difficoltà che presenta un negoziato bilaterale fra l'Unione e il Regno Unito per regolare i loro rapporti dopo il recesso. Già mi è occorso di rilevarlo con specifico riguardo alla cooperazione giudiziaria<sup>1</sup>, e tutto lascia intendere che il negoziato non possa essere più semplice se comprende ogni aspetto dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Ho anche però avuto modo, in quella occasione, di esprimere l'auspicio che il negoziato tenga conto degli interessi dei cittadini di entrambe le parti, ad evitare che il recesso finisca per danneggiare non solo i rapporti fra gli Stati, ma i loro cittadini in relazione ai diritti da essi acquisiti durante sessant'anni di integrazione europea. Vorrei ora riprendere questo auspicio con una breve riflessione in termini di diritto internazionale.

Non vi è dubbio che dopo il Trattato di Lisbona esista il diritto di ogni Stato membro dell'Unione di recedere dalla stessa invocando l'art. 50 del Trattato sull'Unione europea, così come non vi è dubbio che le norme dei trattati e quelle emanate dalle istituzioni dell'Unione cessino di essere applicabili allo Stato recedente e nei rapporti con il medesimo, con le modalità e nei tempi previsti dal Trattato. Ne consegue che, in via generale, lo Stato che recede non ha più l'obbligo di riconoscere nell'ambito della sua giurisdizione i diritti che sorgano in capo ai singoli in applicazione alle norme dell'Unione e che per converso gli Stati membri non hanno più l'obbligo di riconoscere tali diritti ai cittadini dello Stato che recede. Nel nostro caso, quindi, le norme dell'Unione cessano di applicarsi nel Regno Unito, e non si applicano ai cittadini del Regno Unito negli Stati membri dell'Unione.

Se questo è il regime generale che trova applicazione dopo il recesso-

<sup>1</sup> F. POCAR, *Verso Brexit anche della cooperazione giudiziaria con il Regno Unito?*, in E. TRIGGIANI et AL. (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 743 ss.

so, lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia viene, per effetto dell'uscita del Regno Unito, a restringersi al territorio degli Stati membri e alle persone che siano cittadini o vi risiedano, salvo naturalmente che l'accordo che regolerà le relazioni fra l'Unione e il Regno Unito non disponga diversamente. Vi è però da chiedersi se questa conseguenza sia valida per tutte le situazioni soggettive regolate dal diritto dell'Unione. In particolare, mette conto di domandarsi se la cessazione della titolarità di diritti debba applicarsi anche quando essi non siano semplici diritti soggettivi previsti dal diritto civile e commerciale o amministrativo, ma debbano qualificarsi come diritti fondamentali protetti dai principi fondatori dell'Unione europea, quando cioè essi ricadano nella categoria dei diritti fondamentali della persona umana.

In tema di diritti umani si è invero sostenuto che, in ragione della speciale natura dei trattati che li concernono<sup>2</sup>, si è formato nel diritto internazionale consuetudinario un principio secondo il quale una volta che ad una popolazione è attribuita la protezione di diritti fondamentali da un trattato internazionale, tale protezione rimane collegata col territorio e le persone ne restano titolari, nonostante un mutamento di governo su quel territorio, compreso il suo smembramento in più di uno Stato o una successione di Stati o qualsiasi azione dello Stato-parte al trattato intesa a togliere loro i diritti garantiti dal trattato medesimo<sup>3</sup>. Vero è che questo principio è stato affermato con esplicito riferimento alla successione di Stati nei trattati sui diritti

<sup>2</sup> Come si è espressa la Corte internazionale di giustizia (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 28 maggio 1951, *ICJ Reports*, 1951, p. 23), nei trattati sui diritti umani gli Stati contraenti non hanno interessi propri, che sono oggetto di un bilanciamento dei rispettivi diritti ed obblighi, ma hanno tutti un interesse comune consistente nel raggiungimento dei fini che ne giustificano la conclusione. Vedi anche R. HIGGINS, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Oxford, 1994, p. 75.

<sup>3</sup> Cfr. Human Rights Committee, General Comment No. 26 (61), 29 ottobre 1997, in CCPR/C/21/Rev.1/Add. 8, e *Report of the Human Rights Committee, GAOR, Fifty-third Session, Suppl. No. 40 (A/53/40)*, vol. I (1998), Annex VII, 102. Vedi, inoltre, anche per riferimenti ad ulteriore prassi in materia, F. POCAR, *Some Remarks on the Continuity of Human Rights and International Humanitarian Law Treaties*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, p. 279 ss.

umani e in tema di denuncia di tali trattati<sup>4</sup>, e non rispetto al recesso di uno Stato da una organizzazione internazionale, ma trattandosi di un principio fondato su una premessa di natura generale – il godimento di diritti fondamentali da parte di una popolazione – una sua estensione a situazioni che presentano una forte analogia, quale lo smembramento di un'organizzazione internazionale per il recesso di uno degli Stati membri, potrebbe considerarsi non priva di giustificazione. Tanto più che, pur non rientrando il Trattato dell'Unione europea fra i trattati specificamente dedicati ai diritti umani, non vi è dubbio che la protezione di questi ultimi costituisce un aspetto fondamentale del modello di integrazione da esso proposta.

Ove si segua questa impostazione, da una parte il Regno Unito sarebbe tenuto ad assicurare la protezione dei diritti umani garantiti dallo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia in relazione alle persone sul suo territorio o sottoposte alla sua giurisdizione; dall'altra parte gli Stati membri dell'Unione sarebbero tenuti a continuare a garantire la protezione di tali diritti ai cittadini britannici che si trovino sul loro territorio o siano sottoposti alla loro giurisdizione. In altre parole, i diritti umani specificamente riconosciuti nello Spazio attuale continuerebbero ad essere riconosciuti ed applicati anche dopo l'uscita definitiva del Regno Unito dall'Unione europea.

È troppo chiedere ai negoziatori dell'accordo sulle relazioni future fra l'Unione europea e il Regno Unito di tenere conto di queste osservazioni e della pratica internazionale su cui si fondano, rispettando un *acquis* internazionale in tema di diritti umani, secondo il quale il raggiungimento di un certo standard di trattamento non consente passi indietro ma deve continuare ad essere rispettato nei confronti delle persone che ne sono titolari? Si colloca in questa direzione, tra altri diritti fondamentali, in particolare il diritto all'accesso alla giustizia e a un ricorso effettivo, garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che costituisce un elemento essenziale dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tanto più che

<sup>4</sup> Cfr. C.W. JENKS, *State Succession in Respect of Law-Making Treaties*, in *British Yearbook of International Law*, 1952, p. 109; R. MULLERSON, *The Continuity and Succession of States, by Reference to the Former USSR and Yugoslavia*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1993, p. 490; F. POCAR, *Some Remarks*, cit., p. 279 ss.

si tratta di un diritto sancito da una disposizione che, al pari di quelle analoghe dell'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e degli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo delle libertà fondamentali, non consente limitazioni di alcun genere e forma parte anche degli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile approvata dalle Nazioni Unite, il cui obiettivo n. 16 sottolinea l'importanza di promuovere società basate su istituzioni rispettose dello Stato di diritto che assicurino l'accesso alla giustizia per tutti.





**I SEZIONE**

**SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA E  
DIALOGO TRA LE CORTI**



## SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA E TUTELA MULTILEVEL DEI DIRITTI FONDAMENTALI

*Guido Raimondi\**

Le indubbie difficoltà che accompagnano la cooperazione in materia di giustizia e affari interni nell'ambito dell'Unione europea e le innegabili criticità, come la mancata adozione di un Programma d'azione successivo a quello di Stoccolma (2009-2014), non fanno velo nel riconoscere l'importanza del mutamento di prospettiva che il Trattato di Lisbona ha determinato, collocando la realizzazione di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne» in testa agli obiettivi dell'integrazione europea (art. 3, par. 2, TUE).

In effetti, l'art. 3, par. 2, TUE, che mira a definire gli obiettivi principali dell'UE, colloca lo SLSG in una posizione anche più eminente rispetto a quella assicurata dal precedente Trattato di Nizza, perché ora questo obiettivo viene evocato ancor prima di quello della creazione di un mercato interno. Parlare di una dimensione “quasi costituzionale” non mi sembra dunque esagerato.

Come abbiamo avuto modo di osservare in un'altra occasione, trattandosi di garantire «la libera circolazione delle persone, insieme a misure appropriate in materia di controllo delle frontiere esterne, d'asilo, d'immigrazione, oltre alla prevenzione della criminalità e la lotta contro questo fenomeno» con l'affacciarsi di forme di “cooperazione amministrativa”, non siamo già alla messa in comune di funzioni sovrane essenziali?

Le potenzialità dello SLSG sono dunque immense, in una prospettiva di progressivo sviluppo dell'integrazione europea.

Non c'è dubbio che la dimensione dei diritti individuali abbia in questo contesto una importanza fondamentale. Si sarebbe potuto pensare, in un primo momento, che i due piani non fossero destinati per così dire a vivere in armonia, ma oggi nessuno dubita che la dimensione della tutela dei diritti fondamentali sia un elemento essenziale dello SLSG, anzi la condizione del successo di questa iniziativa.

\* Già Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo – Presidente di sezione della Corte di Cassazione.

I diritti fondamentali assumono perciò una posizione centrale nel quadro dello SLSG. E oggi, quando si parla di tutela dei diritti, non si può prescindere da un approccio “multilivello”, o *multilevel*. Cosa vuol dire *multilevel*? Vuol dire che molti sono i protagonisti della tutela dei diritti fondamentali su questo terreno.

In parole povere vuol dire che ci sono più attori, tra i quali non è possibile stabilire gerarchie, se non ponendosi in prospettive particolari, proprie di singoli sistemi, ciascuno operante in contesti facenti capo a testi normativi di riferimento diversi tra loro, ed il cui coordinamento non sempre è assicurato dalle disposizioni dei differenti strumenti che vengono in rilievo.

In effetti nella protezione dei diritti umani intervengono giudici nazionali di tutti i gradi, nella maggior parte dei Paesi membri anche di livello costituzionale, giudici internazionali come la Corte europea dei diritti dell’uomo e giudici sovranazionali come la Corte di giustizia dell’Unione europea.

C’è quindi la necessità di un coordinamento tra le posizioni di tutti questi giudici, per evitare che un eccessivo divario tra le soluzioni offerte dai vari protagonisti si risolva in danno di una efficace ed armonica protezione dei diritti individuali.

Se l’obiettivo di una piena uniformità delle giurisprudenze dei diversi attori giurisdizionali resta evidentemente molto difficile da raggiungere, i segnali che si sono potuti raccogliere negli ultimi anni danno l’impressione che ci sia uno sforzo sincero da parte di tutti i protagonisti teso verso la ricerca di soluzioni quanto più possibile armoniche e tra loro compatibili.

In effetti negli ultimi tempi si sono moltiplicate le occasioni di dialogo tra giudici.

È vero che recenti episodi sono stati interpretati piuttosto come occasioni di scontro tra giudici che come opportunità di dialogo. Penso, per esempio, alle cosiddette “saghe” nei casi *Taricco* e *Varvara - G.I.E.M.*, che hanno, secondo alcuni, visto la nostra Corte Costituzionale incrociare il ferro rispettivamente con la Corte di Lussemburgo e con quella di Strasburgo, risultando infine vincitrice sul campo.

Crediamo che queste vicende non siano apparentabili a scontri tra duellanti o a incontri pugilistici, ma siano piuttosto riconducibili a manifestazioni di una genuina ricerca di soluzioni volte al soddi-

sfacimento di necessità diverse derivanti da sistemi giuridici che entrano in contatto tra loro e che quindi devono “parlarsi”, ma restano autonomi e devono, ciascuno per la sua parte, obbedire ai principi fondamentali loro propri.

In questa dimensione, è centrale il rapporto tra la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo.

Conosciamo tutti la vicenda dell’adesione, o della mancata adesione, dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, decisa in linea di principio dal Trattato di Lisbona sull’Unione europea, ma non (ancora) realizzata, e sulla cui strada si è posto come un macigno il celebre parere 2/13 della Corte di giustizia dell’Unione europea.

Non sappiamo cosa ci porterà il futuro. C’è uno sviluppo positivo recente. Il 7 ottobre 2019, il Consiglio Giustizia e Affari interni dell’Unione ha adottato nuove direttive per la Commissione, alla luce del parere 2/13 della Corte di giustizia dell’Unione, in vista della riapertura dei negoziati con il Consiglio d’Europa per l’adesione dell’Unione alla Convenzione europea.

Sarebbe azzardato formulare previsioni. Indipendentemente dalla prospettiva dell’adesione, il dialogo tra la Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia dell’Unione è però solido e, a nostro sommo avviso, anche leale e sincero. Le due corti si incontrano regolarmente.

Questo dialogo è emerso, si potrebbe dire plasticamente, proprio sui temi dello SLSG, in particolare su di un suo aspetto fondamentalissimo, e cioè sul reciproco riconoscimento delle decisioni e quindi sul principio, davvero vitale per lo Spazio, della *mutua fiducia*.

Certamente le due corti erano guardinghe nell’accostarsi a questo tema, ciascuna con buone ragioni dal suo punto di vista, ed è innegabile che si nutrisse dalle due parti una certa dose di diffidenza. Da Lussemburgo si temeva che l’attivismo della Corte di Strasburgo potesse rallentare i ben oliati meccanismi della cooperazione soprattutto giudiziaria, mentre da Strasburgo si poteva pensare che la sollecitudine verso il buon funzionamento di questi meccanismi inducesse la Corte di giustizia a lasciare sullo sfondo le preoccupazioni legate alla tutela dei diritti fondamentali.

Poi però si è trovato un terreno di intesa. Penso alle decisioni, di Lussemburgo e di Strasburgo, che si sono succedute a distanza di un

mese nel 2016, le sentenze *Aranyosi* e *Căldăraru* della Corte di giustizia e la sentenza *Avotiņš c. Lettonia* della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>1</sup>.

Le sentenze *Aranyosi* e *Căldăraru* sono state poi seguite da *C.K. c. Slovacchia*<sup>2</sup>, una decisione dello stesso segno, laddove la Corte di Lussemburgo ha, certamente, riaffermato l'importanza fondamentale del reciproco riconoscimento e quindi del principio della mutua fiducia come architrave del sistema, ma ha anche detto che non bisogna mai dimenticare la dimensione dei diritti fondamentali, per cui il buon funzionamento dei meccanismi di cooperazione non potrà mai avvenire a prezzo della violazione dei diritti fondamentali.

D'altra parte, un mese dopo, la Corte di Strasburgo ha risposto ad *Aranyosi* e *Căldăraru* con la sentenza *Avotiņš*, che ha a chiare lettere riconosciuto il valore in sé del principio della mutua fiducia, senza ovviamente perdere di vista la dimensione dei diritti fondamentali. Le due corti, quindi, si sono trovate sulla stessa lunghezza d'onda.

Il dialogo quindi esiste e continua, su tanti versanti. Come testimonianza, *inter alia*, la recente sentenza *Dorobantu* della Corte di Lussemburgo, del 15 ottobre 2019<sup>3</sup>. Con questa decisione la Corte di giustizia fa un passo ulteriore verso quella di Strasburgo, fondandosi sulla giurisprudenza forgiata da quest'ultima con la sentenza *Muršić c. Croazia*<sup>4</sup> in materia di sovraffollamento carcerario: una giurisprudenza che ha superato il criterio dell'automatismo del riconoscimento di una violazione dell'art. 3 della Convenzione europea (che come sappiamo corrisponde all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione) tutte le volte che ci si trovi in presenza di uno spazio "vitale" concesso al detenuto inferiore ai tre metri quadri, criterio che era stato seguito in precedenza, per esempio, nella celebre sentenza

<sup>1</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 5 aprile 2016, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 23 maggio 2016, ricorso n. 17502/2007, *Avotiņš c. Lettonia*.

<sup>2</sup> Corte di giustizia, sentenza del 16 febbraio 2017, *C.K. c. Slovenia*, causa C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127.

<sup>3</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 15 ottobre 2019, *Dumitru-Tudor Dorobantu*, causa C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857.

<sup>4</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 12 marzo 2015, ricorso n. 7334/13, *Muršić c. Croazia*.

*Torreggiani c. Italia*<sup>5</sup>. Si trattava, evidentemente, di un'applicazione in tema di mandato di arresto europeo.

L'invito rivolto dalla Corte di Strasburgo a quella di Lussemburgo con la sentenza *Avotiņš*, senza troppi infingimenti, di non "dimenticare" l'art. 52, co. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cioè la norma "passerella" tra i due sistemi, è stato a nostro sommo avviso raccolto dalla Corte di giustizia, che nel seguirla si preoccupa di assicurarne il rispetto, e quindi di fare in modo che il livello di protezione dei diritti previsti da entrambi gli strumenti riceva nell'ambito del diritto dell'Unione una protezione non meno intensa di quella garantita dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Certamente, diverse difficoltà permangono, e il percorso del dialogo può essere a volte impervio ed accidentato.

Un esempio è quello del modo nel quale è stato recentemente affrontato, nel dialogo triangolare tra le due corti europee e quelle nazionali, il tema della garanzia del *ne bis in idem* in materia penale.

Anche questo tema, nell'ambito dell'Unione europea, rischia di creare tensione tra l'esigenza della tutela dei diritti fondamentali ed il corretto funzionamento dei meccanismi del diritto dell'Unione.

Il problema si è posto a causa della nota giurisprudenza *Engel* della Corte di Strasburgo<sup>6</sup>, secondo cui il concetto di sanzione penale è autonomamente determinato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e non è determinato dalla qualificazione data dal diritto nazionale, per cui anche per le sanzioni da quest'ultimo considerate amministrative, o comunque non penali, si applicano le garanzie convenzionali previste per le sanzioni penali tutte le volte che esse, in applicazione dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU, siano da considerare "penali" alla stregua della stessa Convenzione.

È intuitivo che questa giurisprudenza "garantista" rischia di creare un problema quanto all'efficacia degli apparati sanzionatori posti a tutela degli interessi dell'Unione, specie in considerazione della tecnica del "doppio binario" sanzionatorio che contraddistingue molti

<sup>5</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'8 gennaio 2013, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, *Torreggiani e altri c. Italia*.

<sup>6</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'8 giugno 1976, ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, *Engel e a. c. Paesi Bassi*.



sistemi dei Paesi membri, in particolare in materia tributaria e in materia di disciplina dei mercati finanziari.

Già con la sentenza *Fransson* del 2013 – a proposito del “doppio binario” sanzionatorio in tema di IVA – la Corte di Lussemburgo ha escluso che i sistemi nazionali possano assicurare una tutela dei diritti fondamentali più ampia di quella apprestata dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (ai sensi dell’art. 53) tutte le volte che questo possa nuocere alla «effettività, proporzionalità e dissuasività della sanzione» ovvero al «primato, all’unità e all’effettività» del diritto dell’Unione, così mostrando una certa insofferenza verso un’eccessiva espansione delle garanzie in materia di *ne bis in idem*<sup>7</sup>.

In effetti il problema era stato acuito con la sentenza *Zolotoukhine* della Corte EDU del 2009, che, nell’intento di ricondurre ad unità la giurisprudenza di Strasburgo, che in passato aveva conosciuto alcune oscillazioni in tema di cosa debba intendersi per *idem factum* ai fini della garanzia del *ne bis in idem*, prevista dall’art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea, ha precisato che “medesima infrazione” significa che si tratta di “fatti identici” o di fatti che sono sostanzialmente gli stessi di quelli che hanno dato origine alla prima infrazione, così escludendo ogni influenza, quanto alla riconoscibilità dell’*idem factum*, della qualificazione giuridica degli stessi fatti, ciò che ha indubbiamente determinato un irrigidimento del sistema e serie difficoltà ai sistemi basati sul “doppio binario” sanzionatorio<sup>8</sup>.

Successivamente, la sentenza *Grande Stevens*, molto nota, che ha dato luogo ad un vasto dibattito soprattutto in Italia, è stata considerata un’applicazione particolarmente rigorosa del principio affermato da *Zolotoukhine*<sup>9</sup>.

Con la sentenza *A. e B. c. Norvegia*, del 2016, la Corte di Strasburgo è tornata sul tema e, riprendendo alcuni spunti presenti in precedenti sentenze, non ha escluso la compatibilità convenzionale di regimi sanzionatori basati sul “doppio binario”, purché tra le due

<sup>7</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

<sup>8</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, *Zolotoukhine c. Russia*.

<sup>9</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens c. Italia*.

procedure in questione vi sia un legame «sufficientemente stretto dal punto di vista materiale e da quello temporale», cioè che esse siano *sufficiently connected in substance and in time*<sup>10</sup>.

A proposito delle difficoltà nel dialogo tra le corti, va detto che non pochi equivoci sono sorti in seguito a quest'ultima sentenza della Corte di Strasburgo.

Per esempio, la Corte Costituzionale italiana ha considerato i criteri di *A. e B.* come “tratti del tutto nuovi” rispetto a quelli che emergevano dalla precedente giurisprudenza<sup>11</sup>. Si tratta di una conclusione che, a nostro sommo avviso, non è giustificata.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, con tre notissime sentenze pronunziate il 20 marzo 2018<sup>12</sup>, non ha accolto l'impostazione dell'Avvocato generale, il quale l'aveva invitata a non seguire *A. e B.*, che secondo la sua lettura costituiva un passo indietro della giurisprudenza di Strasburgo, e ad assicurare la massima espansione della tutela, ai sensi dell'art. 52, co. 3, della Carta, che permette al diritto dell'Unione di assicurare una protezione più estesa di quella della Convenzione, e ha risolto la questione considerando, l'applicazione del doppio binario sanzionatorio nei tre casi, una limitazione del principio del *ne bis in idem* consentita ai sensi dell'art. 52, co. 1, della Carta. È interessante notare da una parte che la Corte di Lussemburgo si è concentrata sull'aspetto sostanziale quanto alla valutazione

<sup>10</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 15 novembre 2016, ricorsi nn. 24130/11 e 29758/11, *A. e B. c. Norvegia*. Secondo questa sentenza la *close connection* si articola sotto il profilo sostanziale e sotto il profilo temporale. Per il primo aspetto, occorre: 1) che le finalità dei due procedimenti siano complementari; 2) la concreta prevedibilità di una doppia procedura sanzionatoria; 3) la non sussistenza di duplicazione nella raccolta delle prove; 4) la previsione di un meccanismo di compensazione tra le sanzioni complessivamente irrogate. Per il secondo aspetto è sufficiente che vi sia un nesso di natura cronologica, senza però che sia necessario che i due procedimenti debbano per forza procedere parallelamente dall'inizio alla fine. La Corte ha precisato che «più flebile è la connessione temporale, maggiore è l'onere per lo Stato di chiarire e giustificare il ritardo riconducibile alle modalità di svolgimento dei procedimenti».

<sup>11</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 2 marzo 2018, n. 43.

<sup>12</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenze del 20 marzo 2018, *Luca Mancini*, causa C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197; *Garlsson Real Estate et al.*, causa C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193; *Di Puma e Zecca*, cause riunite C-596/16 e C-597/16, ECLI:EU:C:2018:192.

della proporzionalità della limitazione, essenzialmente sotto il profilo della valutazione della ragionevolezza complessiva delle sanzioni cumulate e, d'altra parte, che l'operazione compiuta dai giudici dell'Unione, permessa dalla trasversale limitabilità di tutti i diritti previsti dalla Carta, non sarebbe stata consentita alla Corte di Strasburgo, giacché la garanzia del *ne bis in idem* è inclusa tra i diritti assoluti, addirittura inderogabili anche in tempo di guerra o di altre situazioni di emergenza ai sensi dell'art. 15 della Convenzione.

La giurisprudenza dei giudici comuni italiani si è poi orientata verso una lettura riduttiva dei criteri enunciati in *A. e B.*, nel senso di considerare la garanzia convenzionale del *ne bis in idem* concentrata nella sua dimensione *sostanziale*, affermando più o meno che il doppio binario sanzionatorio è sempre consentito purché la risposta sanzionatoria, derivata dal cumulo delle pene inflitte nei diversi procedimenti, sia *complessivamente proporzionata alla gravità del fatto e prevedibile*<sup>13</sup>. Si tratta di un approccio che nella sostanza conferma quello della Corte di Lussemburgo.

Evidentemente in questo modo si finisce per trascurare la dimensione temporale, che pure viene considerata essenziale dalla giurisprudenza di Strasburgo, come è stato recentemente ribadito dalla Corte EDU con la sentenza *Nodet c. Francia* del 2019<sup>14</sup>, con la quale i giudici dei diritti umani hanno riaffermato la giurisprudenza *A. e B.*, ripetendo che il doppio binario sanzionatorio non integra di per sé una violazione del *ne bis in idem*, ma sono stati chiari nel dire che la discrezionalità del giudice nazionale non è illimitata, così dando una lettura stringente del requisito della *close connection*, insistendo sulla necessità del ricorso a tutti gli indici di questa condizione di convenzionalità del doppio binario sanzionatorio e dunque dell'applicazione piena del *test* fissato con *A. e B.*

\* \* \*

Non è questa la sede per prendere posizione sulla questione del *ne bis in idem* e del suo impatto sui sistemi sanzionatori a doppio bi-

<sup>13</sup> V. Corte di Cassazione penale, sentenza del 16 luglio 2018, n. 45829.

<sup>14</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 giugno 2019, ricorso n. 47342/14, *Nodet c. Francia*.

nario, tema di grandissima attualità specialmente in Italia. Abbiamo solo voluto mostrare come a volte il dialogo sia difficile e impervio.

Questo rilievo, però, non contraddice la premessa di fondo, che resta quella, a sommosso giudizio di chi scrive, dell'esistenza di una sincera volontà, in tutti gli attori di questo dialogo triangolare, di perseguire con spirito di leale collaborazione la ricerca di soluzioni armoniche che permettano di conciliare le esigenze della tutela dei diritti fondamentali con quelle del buon funzionamento del diritto nazionale e del diritto dell'Unione, in particolare di quello relativo allo SLSG.

In questo quadro, che come si diceva vede la frammentazione del tessuto normativo, che non è comune a tutti i giudici che agiscono nel sistema multilivello, è evidente che, almeno nella prospettiva di chi scrive, le iniziative volte alla almeno parziale ricomposizione di tale tessuto, come l'idea dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea, vanno nella giusta direzione.

Forse però, più ancora della tendenziale *reconductio ad unum* dei testi di riferimento, è importante la consapevolezza negli attori del sistema multilivello della loro comune responsabilità nella difesa dei diritti fondamentali. Un atteggiamento culturale che dovrebbe permettere, al di là della diversità dei testi, di procedere verso una progressiva armonizzazione delle soluzioni, grazie ad un comune sentire in tema di diritti umani che, dopo oltre sessant'anni di giurisprudenza europea, è oramai penetrato nelle coscienze, ma che va ulteriormente coltivato.

Per questa ragione sono importanti i *network* di corti nazionali messi insieme dalle due corti europee, ed assumono un rilievo assolutamente eminente – anche nell'ottica dello SLSG – strumenti come il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che come sappiamo consentirà una sorta di istituzionalizzazione del dialogo tra la Corte di Strasburgo e le corti superiori nazionali. Il disegno di legge di autorizzazione alla ratifica di questo strumento – già entrato in vigore sul piano internazionale e già utilizzato dalla Corte di cassazione francese nel delicato campo della maternità surrogata – pende dinanzi al Parlamento italiano. L'auspicio di chi scrive è che la ratifica venga autorizzata dalle Camere.

*Abstract*SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA E TUTELA  
MULTILEVEL DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG) riveste rilievo eminente nell'ambito degli obiettivi dell'integrazione europea, specialmente dopo Lisbona, nonostante le criticità indubbiamente esistenti. In questo quadro, la dimensione dei diritti fondamentali ha particolare importanza. In un contesto multilivello della tutela, è necessario che i diversi attori, specie le due corti europee e le corti costituzionali e supreme nazionali, dialoghino lealmente e ricerchino, nei limiti del possibile, soluzioni comuni o almeno tra loro compatibili. Il contributo mostra esempi di dialogo più "facile", come nel caso delle sentenze *Aranyosi* e *Căldăraru* della Corte di giustizia e della sentenza *Avotiņš c. Lettonia* della Corte europea dei diritti dell'uomo, e di dialogo più "difficile", come nei casi *Taricco* e *Varvara - G.I.E.M.*, e nelle vicende relative al *ne bis in idem* e al doppio binario sanzionatorio. Le impervietà sono ascrivibili ad obiettive difficoltà derivanti dalla diversità dei testi di riferimento e dei contesti nei quali i diversi attori sono chiamati ad operare piuttosto che a cattiva volontà. Infine, il contributo evidenzia l'importanza di strumenti di cooperazione come il Protocollo n. 16 alla CEDU e le reti tra corti.

EUROPEAN AREA OF FREEDOM, SECURITY AND  
JUSTICE AND MULTILEVEL PROTECTION  
OF FUNDAMENTAL RIGHTS

The Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) is of prominent relevance in the ambit of the objectives of the European integration, especially after Lisbon, notwithstanding real difficulties. In this framework, the fundamental rights dimension is of importance. In a multilevel context of the protection, the dialogue between and among the relevant actors is necessary, in particular the two European courts and the constitutional and supreme national courts. This

essay delivers examples of relatively “fluid” dialogue, like in *Aranyosi* and *Căldăraru* of the Court of Justice of the European Union and in *Avotiņš c. Latvia* of the European Court of Human Rights, and of more difficult situations, like in *Taricco* and *Varvara - G.I.E.M.*, or in the field of *ne bis in idem* and the admissibility of the “double-track” sanctions system. The problems are read as the fruit of objective difficulties stemming from the differences among the contexts and the reference texts of the various actors than as the result of bad will. Finally, the paper highlights the relevance of instruments of cooperation, like Protocol no. 16 to the ECHR and court networks.



# I DIRITTI FONDAMENTALI NEL DIALOGO TRA LA CORTE COSTITUZIONALE E LA CORTE DI GIUSTIZIA

*Ugo Villani\**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il ruolo dei diritti fondamentali quali controlimiti nei confronti del diritto dell'Unione. – 3. Il *modus operandi* dei controlimiti. – 4. Permanenza dei controlimiti anche successivamente al Trattato di Lisbona. – 5. La vicenda *Taricco*. – 6. *L'obiter dictum* della sentenza del 14 dicembre 2017 n. 269 della Corte Costituzionale. – 7. Le correzioni nella giurisprudenza successiva. – 8. Conclusioni.

## 1. *Premessa*

I diritti fondamentali occupano una collocazione centrale, sin dalle prime “prove tecniche”, nel dialogo tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia; dialogo, originariamente, solo “a distanza” e, potrebbe aggiungersi, tra sordi, se ci riferiamo alle posizioni assunte (nella vicenda *Costa c. ENEL*) in merito al primato del diritto comunitario rispetto a quello nazionale, negato dalla prima nella sentenza del 7 marzo 1964 n. 14, recisamente affermato dalla seconda nelle sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64. La centralità della tematica dei diritti fondamentali ben si comprende se solo si considera che essi appartengono ai valori essenziali della Costituzione, che la Corte costituzionale è chiamata a garantire, e che, per altro verso, essi hanno assunto un ruolo sempre più ampio e incisivo nel diritto dell'Unione europea, con il moltiplicarsi delle relative fonti, oggi risultanti dall'art. 6 TUE, e con la conseguente vocazione della Corte di giustizia ad assicurarne il rispetto.

I diritti fondamentali si pongono in stretto rapporto – pur non esaurendosi in essa – anche con la dottrina dei controlimiti, costantemente ribadita dalla Corte Costituzionale. Com'è noto, infatti, alla luce della sua giurisprudenza, i principi supremi dell'ordinamento costituzionale e i diritti inviolabili della persona limitano, cioè neu-

\* Professore emerito di Diritto Internazionale – Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.



tralizzano, le limitazioni di sovranità effettuate dall'Italia a favore delle Comunità europee (e poi dell'Unione) in base all'art. 11 Cost. Di conseguenza la salvaguardia dei diritti fondamentali (dei principi supremi) può determinare l'esclusione sia dell'applicabilità, sia del primato del diritto dell'Unione, così come il ruolo del giudice comune nell'assicurare tale primato; ruolo al quale si sostituisce, nell'ipotesi di possibile contrasto tra il diritto dell'Unione e detti controlimiti, la competenza esclusiva della Corte Costituzionale.

La prima sentenza della Corte Costituzionale nella quale emerge la tematica dei diritti fondamentali nei rapporti con il diritto comunitario, in specie della CECA, è quella del 27 dicembre 1965 n. 98, *Acciaierie San Michele*. In essa la Corte dichiarò che gli effetti interni delle attività svolte dagli organi di tale Comunità «vanno determinati senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale», rientrando fra quelli inviolabili dall'uomo, garantiti dall'art. 2 Cost.; riconoscendo, peraltro, che detta tutela era assicurata dalla Corte di giustizia.

La giurisprudenza costituzionale italiana, con quella tedesca, ha avuto un ruolo di stimolo nell'accoglimento dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto comunitario da parte della Corte di giustizia. Questa, in una lontana sentenza del 4 febbraio 1959, causa 1/58, *Stork c. Alta Autorità*, aveva negato ogni rilevanza ai diritti fondamentali previsti dalle costituzioni degli Stati membri (nella specie la Repubblica federale di Germania) ai fini della legittimità degli atti comunitari, essendo tali diritti estranei al diritto comunitario. Successivamente, con la sentenza del 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, e, in maniera più ampia e argomentata, con la sentenza del 14 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, la Corte di giustizia affermò che i diritti fondamentali fanno parte del diritto comunitario quali suoi autonomi principi generali, informati alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Nella sentenza del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, la Corte di giustizia estese ai trattati internazionali sui diritti umani di cui gli Stati membri sono parti (a cominciare, ma non solo, dalla Convenzione europea diritti dell'uomo del 4 novembre 1950) la considerazione degli atti ai quali conformare i principi generali a tutela di tali diritti. Il risultato della giurisprudenza comunitaria sviluppatasi a partire da queste sentenze è oggi recepito nell'art. 6, par. 3, TUE.

## 2. *Il ruolo dei diritti fondamentali quali controlimiti nei confronti del diritto dell'Unione*

Come si è accennato, i diritti inviolabili della persona (accanto ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale) costituiscono dei controlimiti all'efficacia del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano<sup>1</sup>. Questo ruolo dei diritti fondamentali – già presente nella ricordata sentenza della Corte Costituzionale del 27 dicembre 1965 n. 98 – fu espresso in maniera più articolata dalla nostra Corte Costituzionale nella sentenza del 27 dicembre 1973 n. 183, *Frontini*. In tale sentenza la salvezza dei diritti umani (e dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale) nei rapporti con il diritto comunitario è correttamente collegata allo stesso art. 11 Cost., poiché le limitazioni di sovranità sono da esso consentite unicamente per le finalità ivi indicate di assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni, non certo per determinare la violazione dei suddetti diritti. La vigenza dei controlimiti è riaffermata, in particolare, nella sentenza dell'8 giugno 1984 n. 170, *Granital*, quale eccezione alla regola, da essa enunciata per la prima volta, della disapplicazione, a opera del giudice comune, del diritto italiano in contrasto con quello comunitario (direttamente applicabile), e poi costantemente ribadita dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Al riguardo riprendiamo le considerazioni da noi svolte nei precedenti studi *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, p. 1297 ss., e *Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 489 ss. L'espressione "controlimitazioni" è dovuta a P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 2406 ss. In dottrina, sui controlimiti, ricordiamo, tra gli altri, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 2; F. MODUGNO, *Riflessioni sull'"abbandono" del progetto costituzionale che ha dato luogo al trattato di Lisbona e sulle conseguenze in tema di "controlimiti" alle limitazioni della sovranità statale*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, p. 685 ss.; A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; G. GAJA, *Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e a norme dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 1035 ss.

<sup>2</sup> Si vedano, per esempio, la sentenza del 24 giugno 2010 n. 227, l'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24 e la sentenza del 31 maggio 2018 n. 115.

Sebbene la dottrina dei controlimiti non abbia mai ricevuto l'avallo della Corte di giustizia, lo stesso Trattato sull'Unione europea, nel testo risultante dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, sembra riconoscere una sfera di principi fondamentali degli Stati membri intangibili da parte dell'Unione. L'art. 4, par. 2, dichiara, infatti, che l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali.

La Corte Costituzionale ha affermato anche che il sindacato sulla compatibilità con i controlimiti di disposizioni del diritto dell'Unione non può essere operato dal giudice comune (come pure, in un caso, ha fatto il Consiglio di Stato nella sentenza dell'8 agosto 2005 n. 4207<sup>3</sup>), ma ricade nella competenza esclusiva della Corte stessa. Il conflitto tra disposizioni europee e i diritti inalienabili della persona o i principi costituzionali fondamentali, infatti, si configura quale contrasto con la Costituzione della legge italiana di esecuzione dei Trattati europei, nella parte in cui produca l'applicazione delle suddette disposizioni nell'ordinamento italiano. Si aggiunga che l'accertamento di un contrasto di una disposizione del diritto dell'Unione con i controlimiti comporta una decisione di estrema gravità, che può innescare un elemento di tensione nei rapporti tra l'ordinamento italiano e quello dell'Unione. Appare quindi opportuno lasciare al responsabile e autorevole apprezzamento della Corte Costituzionale l'eventuale adozione di una decisione siffatta.

### 3. *Il modus operandi dei controlimiti*

Nella ricordata sentenza del 27 dicembre 1973 n. 183 la Corte Costituzionale aveva affermato che, nell'ipotesi "aberrante" in cui le istituzioni europee usassero i propri poteri per violare i principi fondamentali della Costituzione o i diritti inviolabili della persona, essa stessa assicurerebbe la garanzia del proprio sindacato giurisdizionale

<sup>3</sup> In *Riv. dir. internaz.*, 2006, p. 255 ss., con commento di A. ADINOLEFI, *Rapporti fra norme comunitarie e norme interne integrate da sentenze additive della Corte costituzionale: un orientamento (... sperimentale) del Consiglio di Stato*, p. 139 ss.; su di essa richiamiamo le nostre osservazioni, in *I "controlimiti"*, cit., p. 1315 ss.

«sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali». Questa posizione non era priva di incertezze. Essa poteva interpretarsi, per un verso, come volta a limitare il suo sindacato all'ipotesi di conflitto con i controlimiti non di una singola disposizione o atto comunitario, ma dell'intero Trattato europeo; e, per altro verso, come suscettibile di prefigurare un recesso dell'Italia dalle Comunità europee in caso di tale conflitto (restando aperta la questione se detto recesso fosse conseguenza diretta della pronuncia della Corte o richiedesse un atto delle istituzioni politiche, cioè Governo e Parlamento). Tale interpretazione (seguita dalla Corte di Cassazione nella sentenza del 3 ottobre 1997, n. 9653) non appariva giustificata, se non altro perché conduceva a una conseguenza, il recesso dell'Italia dalle Comunità europee, eccessiva e sproporzionata rispetto all'obiettivo di salvaguardare i principi fondamentali e i diritti inviolabili dell'uomo nell'ipotesi – da ritenere più probabile e verosimile – in cui essi fossero messi a repentaglio non già dal sistema complessivo dei Trattati comunitari, ma da una specifica, singola disposizione, o atto, o sentenza europea. Come si è già accennato, il controllo sul rispetto dei controlimiti si risolve nel sindacato costituzionale sulla legge italiana di esecuzione dei Trattati europei nella parte in cui, tramite le norme di tali Trattati, ammetta l'esercizio di certi poteri o l'emissione di certi atti, che si pongano in contraddizione con i suddetti principi costituzionali o diritti umani fondamentali. In questi termini si è espressa la Corte Costituzionale nella sentenza del 21 aprile 1989 n. 232, *Fragd*, affermando la propria competenza «a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana».

In termini analoghi la questione di costituzionalità è stata sottoposta alla Corte Costituzionale dalla Corte di Cassazione e dalla Corte d'appello di Milano nella vicenda *Taricco*<sup>4</sup>. La Corte Costituzionale, infatti, è stata investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008 n. 130 di ratifica ed esecuzione

<sup>4</sup> Oltre, par. 5.

ne del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, nella parte in cui autorizza la ratifica e rende esecutivo l'art. 325 TFUE, relativo alla lotta contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, come interpretato dalla sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e altri*. E la Corte Costituzionale, nell'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24, con la quale ha sottoposto varie questioni in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, dopo avere ribadito che «l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia», ha nitidamente affermato che nel caso (peraltro sommamente improbabile) che “in specifiche ipotesi normative” tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge italiana di esecuzione dei Trattati europei, ma «per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi»<sup>5</sup>.

Tuttavia, se l'oggetto formale dello scrutinio della Corte Costituzionale è la legge italiana di esecuzione dei Trattati europei, non può sfuggire che il riferimento alla parte in cui tale legge consenta l'ingresso nell'ordinamento italiano di una data disposizione del diritto dell'Unione, di un certo atto europeo, di una determinata sentenza della Corte di giustizia, sposta l'oggetto reale del controllo sulla disposizione, sull'atto o sulla sentenza europea. Sono questi, infatti, che vengono confrontati con i principi fondamentali e i diritti inalienabili della persona per accertare la loro eventuale incompatibilità, sicché la menzione della legge italiana appare una sorte di *fictio iuris* per giustificare una valutazione della disposizione, dell'atto o della sentenza europea, che, in quanto estranei all'ordinamento italiano, sono sottratti al sindacato della Corte Costituzionale.

La declaratoria di incostituzionalità, dunque, non determinereb-

<sup>5</sup> Un'analogia posizione è stata presa dal Tribunale di Enna, il quale, con ordinanza del 14 marzo 2016, ha sottoposto alla Corte Costituzionale la questione di un possibile contrasto con i principi supremi della indipendenza della magistratura e del diritto di accesso a un giudice (artt. 24, 101 e 104 Cost.) della obbligatorietà, anche per i giudici nazionali, delle decisioni della Commissione sugli aiuti di Stato; contrasto, peraltro, negato dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 5 luglio 2018, n. 142.

be il recesso dell'Italia dall'Unione, ma impedirebbe alla legge italiana di esecuzione dei Trattati di immettere nell'ordinamento italiano una "specificata" disposizione dell'Unione o, più verosimilmente, un atto emanato in forza della disposizione o – come nei casi ricordati *Fragd e Taricco* – una sentenza della Corte di giustizia contenente una data interpretazione o applicazione della disposizione. I controlimiti, in definitiva, determinano la "disapplicazione" della disposizione, atto o sentenza con essi confliggente; essi svolgono, quindi, una funzione analoga (ma rovesciata) rispetto a quella propria delle limitazioni della sovranità italiana a favore dell'ordinamento dell'Unione. Peraltro, mentre la disapplicazione del diritto nazionale contrastante con quello dell'Unione (direttamente applicabile) è affidata al giudice comune (nonché alla pubblica amministrazione), la disapplicazione delle norme, atti o sentenze dell'Unione confliggenti con i principi fondamentali costituzionali o con i diritti inalienabili della persona, essendo il risultato di un giudizio di costituzionalità della legge italiana di esecuzione dei Trattati europei, resta prerogativa esclusiva della Corte Costituzionale.

#### 4. *Permanenza dei controlimiti anche successivamente al Trattato di Lisbona*

Sebbene il necessario rispetto dei principi e dei diritti fondamentali da parte del diritto dell'Unione sia costantemente ribadito dalla Corte Costituzionale, a lungo il meccanismo dei controlimiti non è stato azionato al fine di impedire l'applicazione di una disposizione europea. Ciò non significa, tuttavia, che il riferimento, in particolare, a tali diritti abbia rappresentato una mera clausola di stile, priva di rilevanza pratica. Essi sono venuti in rilievo rispetto a una discutibile giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, nell'esercizio della competenza pregiudiziale di invalidità sugli atti comunitari, era solita dichiarare che la sua pronuncia di invalidità avesse efficacia *ex nunc*, quindi solo per le eventuali cause future nelle quali venisse in rilievo l'atto invalido, giungendo a escludere l'applicazione della sua sentenza da parte del giudice *a quo*, quindi anche a favore di chi avesse promosso a livello nazionale una causa fondata, appunto, sull'af-

fermazione della invalidità dell'atto in questione<sup>6</sup>. La nostra Corte Costituzionale, nella citata sentenza del 21 aprile 1989 n. 232, aveva affermato che una siffatta giurisprudenza comportava un contrasto con il diritto alla tutela giudiziaria sancito dall'art. 24 Cost. e costituente un principio supremo del nostro ordinamento. La Corte aveva giustamente rilevato che tale diritto «verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dall'autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima». La Corte Costituzionale, in questo caso, era riuscita a evitare la pronuncia di incostituzionalità – con conseguente disapplicazione di una sentenza della Corte di giustizia –, e quindi uno “scontro” diretto con quest'ultima, dichiarando la questione di legittimità costituzionale inammissibile per ragioni processuali (e con argomenti non privi di una certa... abilità acrobatica). Ma il monito, evidente in tale pronuncia, era stato ben inteso dalla Corte di giustizia, la quale aveva mutato giurisprudenza, affermando che l'attore nella causa principale, così come altre persone che abbiano presentato analogo ricorso, possono legittimamente invocare la declaratoria di invalidità dell'atto in questione<sup>7</sup>. Sebbene in un dialogo “a distanza”, grazie a una semplice “minaccia” della Corte Costituzionale di impiegare i controlimiti, espressa, peraltro, con garbo e in uno spirito costruttivo e collaborativo, i diritti fondamentali, nella specie quello alla tutela giudiziaria, avevano ottenuto un riconoscimento effettivo nella giurisprudenza europea.

Successivamente, specie con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, la teoria dei controlimiti non aveva trovato applicazione ed era parsa “passata di moda” a parte della dottrina e della giurisprudenza. La Corte di Cassazione, Sez. V, 1° giugno 2012, n. 8817, era giunta a dichiarare che la c.d. teoria dei controlimiti doveva ritenersi ormai superata, in considerazione dello sviluppo della tutela dei dirit-

<sup>6</sup> Si veda, per esempio, Corte di giustizia, sentenza del 27 febbraio 1985, *Société des produits de maïs*, causa 112/83, ECLI:EU:C:1985:86.

<sup>7</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 26 aprile 1994, *Roquette Frères*, causa C-228/92, ECLI:EU:C:1994:168.

ti fondamentali, attestata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dal valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali, «al punto che il conflitto tra diritto comunitario e diritto statale non sembra oggi più concepibile in uno spazio giuridico europeo veramente integrato».

Al riguardo rileviamo che, pur riconoscendo gli enormi progressi realizzati nella tutela dei diritti umani da parte del diritto dell'Unione, il rischio di un conflitto con i diritti inalienabili riconosciuti dall'ordinamento costituzionale italiano non può escludersi. Anzitutto non è detto che la posizione gerarchica dei diritti umani fondamentali e il grado di tutela nel diritto dell'Unione coincidano con quello della Costituzione italiana. E la Corte di giustizia, nella sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ha ammesso che uno Stato membro, in caso di divergenza del livello di protezione di un diritto umano tra il diritto nazionale e quello dell'Unione, può applicare i superiori standard nazionali solo a patto che ciò non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta europea dei diritti fondamentali, come interpretato dalla Corte stessa, «né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione». È ben possibile, quindi, secondo la Corte di giustizia, che il livello di tutela costituzionale dei diritti fondamentali sia sacrificato in nome del primato, dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione. Del resto, già nella celebre sentenza del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>8</sup>, con la quale tali diritti trovarono riconoscimento nel diritto comunitario in quanto tutelati da principi generali dello stesso, la Corte ebbe cura di precisare che la salvaguardia dei diritti fondamentali in seno all'Unione va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della stessa (e, quindi, anche nei limiti derivanti da tali struttura e finalità).

Inoltre, anche ad ammettere che il sistema normativo europeo sia oggi tale da garantire una tutela dei diritti umani corrispondente (o addirittura superiore) a quella assicurata dall'ordinamento costituzionale italiano, ciò non può escludere che l'applicazione o l'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione si ponga in contrasto con i diritti umani risultanti dalla Costituzione italiana. Dato che, verosimilmente, l'ipotesi di un contrasto può realizzarsi riguardo a un atto o a una sentenza europea che applichi o interpreti una norma dei

<sup>8</sup> Sopra, par. 1.



Trattati, piuttosto che alla norma stessa, escludere ogni possibilità di contrasto significherebbe presumere una sorta di “infallibilità” delle istituzioni europee, comprese quelle giudiziarie.

## 5. *La vicenda Taricco*

Infatti un contrasto con i controlimiti è emerso nella vicenda relativa alla sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e altri*, emessa su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Cuneo<sup>9</sup>. La Corte è stata chiamata a interpretare l'art. 325 TFUE, il quale, tra l'altro, prescrive che l'Unione e gli Stati membri combattano contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione mediante misure dissuasive e tali da permettere una protezione efficace e che gli Stati membri, a tal fine, prendano le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari. Nella sentenza la Corte di giustizia, riguardo a frodi fiscali in materia di IVA (c.d. frodi carosello), ha affermato che la normativa italiana sulla prescrizione dei reati risultante dall'art. 160 c.p., ultimo comma, e dall'art. 161 c.p., come modificati dalla legge 5 dicembre 2005 n. 251 (c.d. *ex Cirielli*), secondo la quale, dopo l'interruzione della prescrizione, il termine della nuova prescrizione può essere prolungato solo di un quarto rispetto a quello iniziale (e non è, quindi, identico a quest'ultimo), è idonea a pregiudicare gli obblighi degli Stati membri derivanti dal suddetto art. 325 TFUE, conducendo il più delle volte alla prescrizione dei reati in questione, e va, pertanto, disapplicata dal giudice italiano. A questo fine, peraltro, lo stesso giudice deve verificare se tale normativa impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in numero considerevole di casi di frode grave lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, o se preveda termini di prescrizione più lunghi per i casi di frodi analoghe ai danni dello Stato.

<sup>9</sup> Su tale vicenda vi è una bibliografia vastissima, della quale non è possibile dare conto in questa sede; rinviamo alle indicazioni presenti in U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 524 ss. Segnaliamo, in particolare, anche per un raccordo fra tale vicenda e i successivi sviluppi della Corte Costituzionale, P. MENGOZZI, *Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga Taricco*, in *Studi integr. eur.*, 2020, p. 9 ss.

La sentenza della Corte di giustizia dichiara espressamente che l'art. 325 TFUE pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e incondizionato e quindi, essendo direttamente applicabile, in forza del primato del diritto dell'Unione rende *ipso iure* inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale. Dato che la sentenza in questione è dichiarativa di una norma direttamente applicabile essa, inoltre, ha una efficacia *erga omnes*, sicché la disapplicazione delle disposizioni italiane in materia di prescrizione riguarda tutti i processi in corso (oltre che quelli futuri), anche per i reati finanziari commessi anteriormente alla sentenza *Taricco* (purché non già prescritti alla data di quest'ultima).

La Corte di giustizia ha cura di sottolineare che la disapplicazione delle norme italiane della legge *ex Cirielli* – e, quindi, la mancata punizione dei reati in questione – non è in contrasto con l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, in base al quale nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento della commissione, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale, né può essere sottoposto a una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Tale disapplicazione, infatti, avrebbe il solo effetto di non abbreviare il termine generale di prescrizione, ma non produrrebbe alcun effetto né sulla configurazione del reato, né sull'entità della pena originariamente prevista. La Corte di giustizia, richiamando anche la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo relativa all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, corrispondente al citato art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, ha accolto, in definitiva, una qualificazione processuale, non sostanziale, della prescrizione, escludendo che essa ricada nell'ambito di applicazione del principio di legalità penale *nullum crimen nulla poena sine lege*.

A seguito di tale sentenza sia la Corte d'appello di Milano, con ordinanza del 18 settembre 2015 n. 339, sia la Corte di Cassazione penale, con ordinanza dell'8 luglio 2016 n. 28346, hanno promosso giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008 n. 130 di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, nella parte in cui dà esecuzione all'art. 325, parr. 1 e 2, come interpretato dalla sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015 nel caso *Taricco*. L'incostituzionalità

è fondata su una serie di ragioni di contrasto di tale sentenza con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano e con i diritti inalienabili della persona, ritenuti essenziali al nucleo dell'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale.

Specie l'ordinanza della Corte di Cassazione rappresenta un "attacco frontale" alla sentenza *Taricco*. Non è possibile, in questa sede, un esame analitico dei vari e numerosi punti di contrasto con i principi supremi dell'ordinamento italiano che essa imputa a tale sentenza. Ci limitiamo a rilevare gli aspetti essenziali, quali emergono dall'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24 con la quale la Corte Costituzionale, relativamente alle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte d'appello di Milano e dalla Corte di Cassazione, ha deciso di sottoporre alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, alcune questioni interpretative concernenti l'art. 325 TFUE e la stessa sentenza dell'8 settembre 2015. La Corte Costituzionale – sulla falsariga delle ordinanze di sottoposizione delle questioni di costituzionalità – afferma, anzitutto, che nell'ordinamento italiano la prescrizione ha natura sostanziale, non processuale (come ritenuto dalla Corte di giustizia), in quanto incide sulla punibilità della persona, e pertanto il suo regime è soggetto al principio di legalità penale, espresso dall'art. 25, 2° co., Cost., che costituisce «un principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva».

La Corte Costituzionale rileva, quindi, un primo *vulnus* a tale principio nel fatto che, al momento della commissione del reato, l'autore non poteva prevedere che, a seguito di una futura sentenza della Corte di giustizia, l'art. 325 TFUE imponesse al giudice italiano di non applicare le disposizioni in questione sulla prescrizione, così, in definitiva, condannandolo a una pena, invece di dichiarare l'estinzione del reato.

Se tale considerazione si riferisce al carattere retroattivo della punibilità per le frodi commesse anteriormente alla sentenza *Taricco*, carattere in contrasto con il principio della sottoposizione alla pena prevista al momento della commissione del reato, derivante, dall'art. 25, 2° co., Cost., un secondo elemento di conflitto con il principio di legalità penale viene individuato nella mancanza di determinatezza

della “regola *Taricco*”. Come si è ricordato, la disapplicazione delle disposizioni italiane non è prescritta in maniera assoluta: al giudice è demandato, infatti, il compito di valutare se esse siano tali da impedire di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave. Ora – osserva la Corte Costituzionale – per tale via il calcolo del tempo necessario per la prescrizione di un reato non è più il frutto dell’applicazione, da parte del giudice, di regole legali sufficientemente determinate, ma di una sua valutazione discrezionale concernente, in particolare, il numero considerevole dei casi e la gravità della frode, da effettuare caso per caso, in spregio del «principio di separazione dei poteri di cui l’art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale».

La Corte Costituzionale, rilevato il conflitto dell’art. 325 TFUE (o, meglio, della sentenza *Taricco*) con i principi supremi dell’ordinamento italiano, non giunge, peraltro, a una pronuncia di incostituzionalità, cioè, in sostanza, a un rifiuto di esecuzione di tale sentenza. Essa, al contrario, trae spunto anche da alcuni passaggi della stessa sentenza *Taricco*, come il compito, riconosciuto al giudice italiano, di verificare che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati, nonché da alcune disposizioni del diritto dell’Unione, come l’art. 4, par. 2, TUE, che prescrive il rispetto dell’identità nazionale degli Stati membri, e l’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali, che garantirebbe un livello di protezione più elevato di tali diritti risultante dalla Costituzione italiana, la quale «conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità». E, su queste basi, pone alla Corte di giustizia due questioni interpretative riguardanti l’art. 325 TFUE e una relativa alla sentenza *Taricco*. Nelle prime due chiede se l’art. 325 TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre la disapplicazione della normativa sulla prescrizione, alle condizioni precisate dalla Corte di giustizia, «anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata» e «anche quando nell’ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità»; nella terza se la sentenza della Corte di giustizia dell’8 settembre 2015 nel caso *Taricco* debba essere interpretata nel

senso di imporre, alle condizioni ivi precisate, la disapplicazione della normativa nazionale sulla prescrizione «anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

Malgrado la distinzione tra le questioni interpretative concernenti l'art. 325 TFUE e quella relativa alla sentenza dell'8 settembre 2015, a noi pare che, nella sostanza, è quest'ultima che è messa totalmente in discussione. La Corte Costituzionale, invero, sembra voler provocare una nuova interpretazione dell'art. 325 TFUE, quasi suggerendo le risposte alla Corte di giustizia, al fine di ottenere una pronuncia che sia conforme bensì al diritto dell'Unione e alla Carta dei diritti fondamentali, ma, in sostanza, alla propria ricostruzione dei principi operanti in materia, in armonia con i principi costituzionali italiani. Con questa proposta di dialogo (se non di revisione della pronuncia dell'8 settembre 2015), la Corte Costituzionale sembra promettere anche una pacifica e amichevole conclusione del caso: «In conclusione, se la Corte di giustizia dovesse concordare con questa Corte sul significato dell'art. 325 del TFUE e della sentenza resa in causa *Taricco*, sarebbero superate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici rimettenti».

La Corte di giustizia, nella sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, emanata a seguito del rinvio della Corte Costituzionale, pur non ritenendo necessario pronunciarsi sull'eventuale contrasto della sentenza *Taricco* con i principi supremi e i diritti inviolabili riconosciuti dalla Costituzione italiana, ha sostanzialmente accettato la posizione della Corte Costituzionale. Essa, infatti, ha ammesso che l'Italia possa ricomprendere nel diritto penale sostanziale la prescrizione e, di conseguenza, che il giudice italiano non sia tenuto a disapplicare la legge italiana sulla prescrizione (pur giudicata, nella propria precedente sentenza dell'8 settembre 2015, contraria al diritto dell'Unione) ove la disapplicazione comporti una violazione del principio della legalità dei reati e delle pene. In seguito a tale pronuncia la Corte Costituzionale, nella sentenza del 31 maggio 2018 n. 115, ha preso atto, in definitiva, del superamento delle divergenze con la Corte di giustizia.

Anche in questo caso, pertanto, il confronto tra le due Corti – che avrebbe potuto anche condurre a uno sconto tra le stesse – è

stato condotto con reciproco rispetto, spirito collaborativo, specie nell'impostazione da parte della Corte Costituzionale delle questioni pregiudiziali, e attenzione, da parte della Corte di giustizia, delle ragioni esposte dalla Corte Costituzionale tese alla tutela dei diritti fondamentali. Il risultato, a nostro parere, è di un più elevato livello di garanzia di tali diritti, in linea con quello che dovrebbe essere il criterio-guida in questa materia.

6. *L'obiter dictum della sentenza del 14 dicembre 2017 n. 269 della Corte Costituzionale*

La felice conclusione della vicenda *Taricco* sembrava avere disinnescato ogni possibile conflitto tra la nostra Corte Costituzionale e la Corte di giustizia. Un motivo di tensione è sorto, al contrario, da un nuovo orientamento della Corte Costituzionale, inaugurato in un *obiter dictum* della sentenza del 14 dicembre 2017 n. 269, ma successivamente "corretto" dalla stessa Corte Costituzionale, anch'esso, peraltro, motivato da una sollecitudine per i diritti fondamentali<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> La pronuncia appare ispirata all'impostazione scientifica di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 149 ss. Anche su tale sentenza e i successivi sviluppi della giurisprudenza costituzionale vi è una vasta bibliografia; ci limitiamo a ricordare, anche per ulteriori riferimenti, L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudizi italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 31 gennaio 2018; A. RUGGERI, *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e un paio di proposte per un ragionevole compromesso*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, n. 1, p. 7 ss.; ID., *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto euorunitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta Online*, 2019, n. 1; D. GALLO, *La sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale: tutela dei diritti fondamentali e riscrittura dei rapporti tra diritto UE e ordinamento italiano*, in AA.VV., *Liber Amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, Napoli, 2019, p. 1445 ss.; F. MEDICO, *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20 del 2019: verso un doppio custode del patrimonio costituzionale europeo?*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 87 ss.; P. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto*

Nella suddetta sentenza la Corte Costituzionale ha osservato, anzitutto, che i principi e i diritti enunciati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, aventi un «contenuto di impronta tipicamente costituzionale», intersecano in larga parte quelli garantiti dalla Costituzione italiana; pertanto una legge che violi un diritto della persona può infrangere sia la Costituzione che la Carta dei diritti fondamentali, configurandosi così una “doppia pregiudizialità”, cioè, simultaneamente, una questione di legittimità costituzionale e una di compatibilità con il diritto dell'Unione. In queste ipotesi – afferma la Corte Costituzionale – vi è la necessità di un suo intervento *erga omnes*, anche in virtù del sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei, secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 TUE e dall'art. 52, 4° co., della Carta dei diritti fondamentali.

Il giudice comune resta libero, al termine del giudizio di legittimità costituzionale, di disapplicare la legge italiana in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove lo ritenga contraria al diritto dell'Unione, ma “per altri profili”.

In definitiva, nel caso in esame il giudice comune deve sempre sollevare la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo – aggiunge la Corte – il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 267 TFUE.

La sentenza del 14 dicembre 2017 n. 269 rappresenta un brusco mutamento nella giurisprudenza della Corte, quale si era consolidata a partire dalla “svolta” effettuata con la sentenza dell'8 giugno 1984 n. 170, *Granital*. Solo qualche mese prima, infatti, nella sentenza del 12 maggio 2017 n. 111, la Corte Costituzionale aveva dichiarato inammissibili delle questioni di legittimità costituzionale di una legge,

*in mutazione?*, in *Post AISDUE*, 2019, n. 1; O. POLLICINO, G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Carte e tra Corti*, in *Quaderni Cost.*, 2019, p. 434 ss.; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Costi e retroattività della lex mitior*, in *Post AISDUE*, 2019, n. 1; A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *DUE*, 2019, p. 9 ss.

per un prospettato contrasto con disposizioni della Carta dei diritti fondamentali, poiché queste erano provviste di efficacia diretta. Di conseguenza il giudice rimettente era tenuto a disapplicare la normativa italiana in questione. La Corte Costituzionale aveva aggiunto che la complessità della materia avrebbe potuto indirizzare tale giudice verso la strada del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, al fine di verificare l'effettiva incompatibilità della normativa in questione con le disposizioni pertinenti della Carta dei diritti fondamentali.

Nell'*obiter dictum* della pronuncia n. 269 del 2017, al contrario, la Corte Costituzionale richiede un proprio intervento per eliminare la legge contrastante con la Carta dei diritti fondamentali, lasciando ad "altri profili" la possibilità di disapplicare tale legge da parte del giudice comune. In secondo luogo, imponendo – nel caso di "doppia pregiudizialità", dovuta al sospetto contrasto di una legge sia con la Carta dei diritti fondamentali che con la Costituzione italiana – che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale, la Corte Costituzionale abbandona il proprio consolidato insegnamento, secondo il quale il giudice comune doveva sottoporre anzitutto alla Corte di giustizia la questione attinente al diritto dell'Unione. Solo dopo la pronuncia di tale Corte egli poteva sollevare dinanzi alla Corte Costituzionale l'eventuale questione d'incostituzionalità della legge, pena, in assenza del previo rinvio alla Corte di giustizia, l'irricevibilità della questione di legittimità costituzionale. La Corte Costituzionale aveva nettamente sancito che la "pregiudiziale comunitaria", concernente la compatibilità di una legge con il diritto dell'Unione, «costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata e pertanto la rilevanza di detta ultima questione»<sup>11</sup>.

Si consideri inoltre che, sebbene la sentenza in parola dichiara di fare salvo il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in realtà sembra che lo riduca ai soli profili diversi da quelli attinenti al contrasto della legge italiana con i diritti fondamentali riconosciuti sia dalla Costituzione che dalla Carta europea. A tali profili, infatti, è limitata l'eventuale disapplicazione della legge da parte del giudice comune. Per altro verso, l'asserita competenza interpretativa della Corte Costitu-

<sup>11</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 13 luglio 2007, n. 284.



zionale in merito alla Carta, tesa anche ad assicurare che i diritti in essa garantiti «siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali», sembra escludere che, su questi aspetti, un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sia fatto dalla stessa Corte Costituzionale.

La sentenza in esame, invero, sembra riportare la Corte Costituzionale indietro di vari decenni, prima, cioè della celebre sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, la quale, com'è noto, aveva “bocciato” la posizione espressa dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 30 ottobre 1975 n. 232, secondo la quale leggi nazionali in conflitto con regolamenti comunitari (o anche solo riproduttivi degli stessi), comportando una violazione dell'art. 11 Cost., dovevano essere dichiarate incostituzionali dalla stessa Corte Costituzionale, alla quale i giudici comuni erano tenuti a sottoporre la relativa questione di costituzionalità. La Corte di giustizia, nella predetta sentenza del 9 marzo 1978, aveva affermato, al contrario, che lo stesso concetto di applicabilità diretta richiede che il giudice nazionale abbia l'obbligo di garantire la piena efficacia delle disposizioni comunitarie, disapplicando, all'occorrenza, qualsiasi norma contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. E la Corte è rimasta costantemente fedele a questa impostazione<sup>12</sup>.

La ricordata sentenza della Corte Costituzionale si pone in netto contrasto con tale giurisprudenza della Corte di giustizia. La necessità di una sentenza di incostituzionalità da parte della Corte Costituzionale impedisce, infatti, alle norme dell'Unione di spiegare automaticamente i loro effetti diretti; la sentenza, inoltre, subordina la disapplicazione, a opera del giudice comune, della legge italiana confliggente al previo giudizio di costituzionalità e la riserva a profili differenti da quelli, relativi al contrasto con i diritti fondamentali contenuti sia nella Costituzione che nella Carta europea, vagliati dalla Corte Costituzionale. Per tale si nega l'efficacia diretta proprio alle disposizioni della Carta concernenti i diritti fondamentali e aventi – come la Corte Costituzionale ha cura di sottolineare – un «contenuto di impronta tipicamente costituzionale». Si noti, ancora, che l'esigenza di abrogare, con effetti

<sup>12</sup> Si veda, di recente, Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 19 novembre 2019, *A.K. e altri*, cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982.

*erga omnes*, le disposizioni nazionali confliggenti con il diritto dell'Unione è certo corretta. Ma tale necessità, già riconosciuta dalla sentenza della Corte Costituzionale dell'11 luglio 1989 n. 389, si aggiunge alla disapplicazione di tali disposizioni, non la sostituisce (ed è affidata, in principio, all'opera del legislatore). Come la Corte di giustizia ha lucidamente chiarito nella sentenza del 4 dicembre 2018, causa C-378/17, *Minister for Justice and Equality e altri*, la disapplicazione, in un caso specifico, delle disposizioni nazionali in conflitto con il diritto dell'Unione (direttamente applicabile) e il loro "annullamento" sono due operazioni entrambe necessarie, ma ben distinte.

La sentenza, nella misura in cui sembra escludere – o, quanto meno, limitare – il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, confligge inoltre con l'art. 267 TFUE. La Corte di giustizia, al riguardo, ha dichiarato che non sussiste un contrasto con il diritto dell'Unione qualora i giudici nazionali, pur se tenuti a promuovere un procedimento di controllo di legittimità costituzionale, restino sempre liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, eventualmente anche al termine del suddetto procedimento di costituzionalità, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria. L'art. 267 TFUE, invece, osta a una normativa statale che obblighi il giudice nazionale a rivolgersi in via prioritaria alla Corte Costituzionale qualora il carattere prioritario di siffatto procedimento abbia l'effetto di impedire a tutti gli altri organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà, o di adempiere il loro obbligo, di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia<sup>13</sup>. Non sembra un caso che tale posizione sia stata recisamente ribadita dalla Corte di giustizia proprio all'indomani della pronuncia della Corte Costituzionale del 14 dicembre 2017, n. 269.

## 7. *Le correzioni nella giurisprudenza successiva*

L'*obiter dictum* in esame è stato corretto dalla giurisprudenza costituzionale successiva, quale risulta dalle sentenze del 21 febbraio 2019 n. 20, del 21 marzo 2019 n. 63, del 10 maggio 2019 n. 112 e dall'ordinanza del 10 maggio 2019 n. 117. La Corte, pur richiaman-

<sup>13</sup> Si veda, per tutte, Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, cause C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363.

do il *dictum* della sentenza del 14 dicembre 2017 n. 269, nell'ipotesi di doppia pregiudizialità non ha affermato più la necessità, ma l'"opportunità" di un proprio intervento *erga omnes*, nell'esercizio del sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi, in particolare quando sia lo stesso giudice comune che sollecita "la prima parola"<sup>14</sup> della Corte Costituzionale in merito a questioni di legittimità costituzionale, sollevate con riferimento sia a parametri interni, sia, per il tramite degli articoli 11 e 117, 1° comma, Cost., alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti<sup>15</sup>.

Essa, inoltre, ha confermato il potere del giudice comune di disapplicare, nel caso sottoposto al suo esame, le disposizioni nazionali in contrasto con la Carta dei diritti fondamentali (non più per altri profili). La Corte Costituzionale ha ribadito, altresì, che il giudice comune ha il potere, sempre nell'ipotesi di incompatibilità delle disposizioni nazionali con la Carta dei diritti fondamentali, di effettuare il rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di giustizia, prima o dopo la pronuncia della Corte Costituzionale, quindi, in definitiva, a sua scelta; così come la propria competenza a procedere a tale rinvio, come ha fatto con la citata ordinanza del 10 maggio 2019 n. 117.

La posizione della Corte Costituzionale espressa nella giurisprudenza ora ricordata non pone più problemi di conformità con il diritto dell'Unione; purché, peraltro, la Corte Costituzionale proceda sempre (quando ve ne sia la necessità) al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, dato che essa, ai sensi dell'art. 267, 3° co., TFUE, è un organo giurisdizionale di ultima istanza e ha, pertanto, il dovere non la mera facoltà di operare detto rinvio<sup>16</sup>.

## 8. Conclusioni

La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale mostra una sua evidente volontà di riassumere un ruolo significativo nell'applica-

<sup>14</sup> Corte Costituzionale, 21 febbraio 2019, n. 20.

<sup>15</sup> Corte Costituzionale, 21 marzo 2019, n. 63.

<sup>16</sup> Sotto questo profilo non può farsi a meno di notare che solo in un caso, con la ricordata ordinanza del 10 maggio 2019, la Corte Costituzionale ha sottoposto una questione alla Corte di giustizia.

zione del diritto dell'Unione e nei rapporti sia con il giudice comune che con la Corte di giustizia, dopo che essa, riguardo alle disposizioni europee direttamente applicabili, era quasi uscita di scena, a parte ipotesi marginali o eccezionali (come il controllo sul rispetto dei controlimiti). La Corte Costituzionale, infatti, aveva demandato al giudice comune il compito di assicurare l'efficacia di tali disposizioni nell'ordinamento italiano, garantendo il loro primato mediante la disapplicazione delle norme nazionali confliggenti. Questo rinnovato ruolo attivo della Corte Costituzionale, rivendicato rispetto ai diritti fondamentali riconosciuti tanto nella Costituzione italiana quanto nella Carta europea, sembra dovuto alla naturale e "istituzionale" preoccupazione della Corte per il rispetto dei diritti fondamentali, i quali costituiscono una "grande matiere" della sua competenza. Essa poteva lasciare l'applicazione del diritto comunitario al giudice comune, coadiuvato dalla Corte di giustizia nell'esercizio della competenza pregiudiziale, sinché tale diritto si occupava essenzialmente del mercato comune, del quale la Corte Costituzionale poteva sostanzialmente disinteressarsi senza timore di contraccolpi sull'assetto costituzionale. Mano a mano che l'Unione europea si è trasformata, da un'entità mercantile e commerciale, in una costruzione di più vasto ed elevato respiro e che il suo diritto sempre più pone al centro delle proprie norme la persona e i suoi diritti, compresi quelli fondamentali, la Corte Costituzionale ha avvertito la necessità di "scendere in campo", dialogando, o confrontandosi, sia con il giudice comune che con la Corte di giustizia, in omaggio al suo compito istituzionale di custode di tali diritti. Tale preoccupazione emerge anche dall'esplicito riferimento alle tradizioni costituzionali comuni<sup>17</sup>, volto – ci sembra – a salvaguardare, quasi in via cautelativa, l'architettura dei diritti fondamentali delineata nella nostra Costituzione.

Sotto questo profilo, nella giurisprudenza in esame è riconoscibile l'eco della dottrina dei controlimiti. Ciò non significa, tuttavia, che tale giurisprudenza debba condurre a una contrapposizione con la Corte di giustizia: come si è visto riguardo alla sentenza *Fragd* del 21 aprile 1989 e alla vicenda *Taricco*, in uno spirito di leale dialogo, svolto con intenti costruttivi, la prospettazione, da parte della Corte

<sup>17</sup> Si vedano le sentenze del 14 dicembre 2017, n. 269 e del 21 febbraio 2019, n. 20.

Costituzionale, della propria visione dei diritti fondamentali può favorire una reciproca comprensione tra le Corti, come è accaduto, in definitiva, nella vicenda *Taricco*, se non a un rafforzamento dei diritti fondamentali, come nel caso *Fragd*.

La giurisprudenza considerata, a nostro avviso, deve compiere alcuni passi ulteriori per chiarire almeno due questioni che non possono restare nell'incertezza. Ci riferiamo, anzitutto, al ruolo del giudice comune di fronte alla "doppia pregiudizialità". Come si è visto, l'attuale approdo della Corte Costituzionale sembra nel senso di lasciare a tale giudice la scelta se sottoporre per prima la questione di costituzionalità alla Corte Costituzionale o quella "comunitaria" alla Corte di giustizia. Ora, l'indeterminatezza sugli sviluppi giudiziari di una questione di tale importanza, quale la compatibilità di una legge sia con la Costituzione che con la Carta europea, non ci sembra accettabile e impone una precisa indicazione da parte della Corte Costituzionale. Né può escludersi che, in proposito, possa intervenire la Corte di giustizia, tanto più che nell'impostazione della Corte Costituzionale può ben verificarsi che il rinvio pregiudiziale, pur dichiarato sempre possibile, prima o dopo la sottoposizione della questione alla stessa Corte Costituzionale, finisca in realtà per essere precluso. Ciò accadrebbe nell'ipotesi in cui, avendo il giudice comune interpellato per prima la Corte Costituzionale, quest'ultima dichiarasse incostituzionale la legge in questione<sup>18</sup>.

L'altro problema, che richiede un chiarimento della Corte Costituzionale, riguarda la definizione dell'ambito di applicazione della propria giurisprudenza; in altri termini, la precisazione delle materie nelle quali essa è chiamata a pronunciarsi. Apparentemente il problema non sussisterebbe, perché la competenza della Corte Costituzionale sarebbe circoscritta all'ipotesi di sospetta incompatibilità di una legge italiana con i diritti fondamentali contenuti, simultaneamente, nella Costituzione italiana e nella Carta dell'Unione europea. Ma se la competenza della Corte Costituzionale è motivata, come appare verosimile, dalla preoccupazione di tutelare i diritti fondamentali, non vi è ragione di limitare tale competenza all'ipotesi in cui tali diritti siano contemplati formalmente nella Carta, potendo essi ricavarsi dai

<sup>18</sup> Questa eventualità rende ancor più necessario il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte della Corte Costituzionale.

principi generali dell'Unione, informati alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alle convenzioni internazionali delle quali essi siano parti. E invero, nella sentenza del 21 febbraio 2019 n. 20, la Corte Costituzionale ha confermato la propria competenza a sindacare (e a dichiarare costituzionalmente illegittime) alcune disposizioni del decreto legislativo del 14 marzo 2013 n. 33 sulla base di questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR del Lazio in riferimento non solo ad alcune norme della Carta dei diritti fondamentali, ma anche della direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 sul trattamento dei dati personali.

Inoltre, il “contenuto di impronta tipicamente costituzionale”, che appare di non secondaria rilevanza nella nuova giurisprudenza costituzionale, non è prerogativa esclusiva della Carta dei diritti fondamentali, ma riguarda una vasta gamma di principi e disposizioni del diritto dell'Unione. Basti pensare ai valori enunciati nell'art. 2 TUE, ai principi democratici, alle disposizioni sulla cittadinanza dell'Unione ecc. La competenza della Corte Costituzionale potrebbe così ampliarsi a dismisura, conducendo, tra l'altro, a una eccessiva “concorrenza” con la Corte di giustizia, che potrebbe nuocere alla certezza del diritto ed essere foriera di tensioni tra le due Corti.

In conclusione, riteniamo che la Corte Costituzionale debba completare il percorso aperto con l'*obiter dictum* del 2017 e proseguito con le revisioni della giurisprudenza successiva, per definire un nuovo equilibrio nei rapporti con il giudice comune e con la Corte di giustizia, che sia rispettoso, ovviamente, del diritto dell'Unione e delle prerogative della sua Corte.

*Abstract*

## I DIRITTI FONDAMENTALI NEL DIALOGO TRA LA CORTE COSTITUZIONALE E LA CORTE DI GIUSTIZIA

I diritti fondamentali occupano una posizione centrale sin dalle prime “prove tecniche” di dialogo tra la Corte Costituzionale e la Corte di giustizia e acquistano un ruolo crescente via via che entrano nel diritto dell’Unione, ampliando le competenze della Corte di giustizia per garantirne il rispetto.

Essi si collegano anche alla categoria dei “controlimiti”, costantemente riaffermati dalla Corte Costituzionale, talvolta evocati, altre volte minacciati (come nella vicenda *Taricco*); solitamente, peraltro, tali controlimiti non hanno provocato scontri tra le due Corti, ma un arricchimento della tutela della persona nel diritto dell’Unione.

Riguardo alla Carta dei diritti fondamentali, nell’ipotesi di una legge confliggente sia con la stessa che con la Costituzione (c.d. doppia pregiudizialità) il nuovo orientamento della Corte Costituzionale, inaugurato con il celebre *obiter dictum* della sentenza n. 269/2017, la rimette nel circuito dal quale la giurisprudenza *Granital* l’aveva in larga parte emarginata.

## FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE DIALOGUE BETWEEN THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE COURT OF JUSTICE

Fundamental rights have been playing a central role in the dialogue between the Constitutional Court and the Court of Justice since its first “technical tests”, and have been acquiring a growing role as they enter into the Union law, thus extending the competence of the Court of Justice to secure their protection.

Fundamental rights are also linked to the “counter-limits”, that are constantly reaffirmed by the Constitutional Court, sometimes recalled and “threatened” (as in the *Taricco* case); usually, however, counter-limits have not caused any clash between the two Courts, but rather a deepening in the protection of human rights in Union law.

As far as the Charter of fundamental rights is concerned, in the case of a national provision that may be in conflict with both the Charter and the Italian Constitution (the so-called double preliminary question), the new trend, inaugurated by the “obiter dictum” of judgment no. 269 of 2017, has put again the same Court in the circuit from which it had been excluded, to a large extent, by the *Granital* judgment.





## DIRITTI, CARTE E POLITICHE PUBBLICHE

*Luisa Cassetti\**

SOMMARIO: 1. Le Carte e i “custodi” dei diritti nella pluralità dei sistemi di protezione (nazionale, sovranazionale e internazionale): lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia come luogo privilegiato del confronto. – 2. La “sostanza” dei diritti da salvaguardare e la capacità degli ordinamenti di elaborare politiche pubbliche: il bilanciamento necessario. – 2.1. Nucleo essenziale incompressibile dei diritti e politiche sociali. – 3. Le garanzie costituzionali nei rapporti ordinamentali con l’Unione europea. – 3.1. Le relazioni tra ordinamenti giuridici e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 4. La “garanzia di sistema” rivendicata dalla Corte Costituzionale rispetto al livello di tutela internazionale dei diritti dell’uomo. – 5. Dinamiche tra Corti e sistematica delle fonti.

1. *Le Carte e i “custodi” dei diritti nella pluralità dei sistemi di protezione (nazionale, sovranazionale e internazionale): lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia come luogo privilegiato del confronto*

La costruzione di un efficace e solido quadro «costituzionale» di riferimento per potenziare le garanzie dei singoli che si muovono all’interno dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia non può che essere intimamente legata alla valorizzazione delle garanzie contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea<sup>1</sup>. Si tratta di ambiti in cui le politiche concordate in Europa si devono confrontare con alcuni presidi fondamentali della sovranità statale e con la necessità di rispettare il livello costituzionale delle garanzie.

\* Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi di Perugia. Il presente studio è stato pubblicato su *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, n. 1, pp. 28-51.

<sup>1</sup> Cfr. A. DI STASI, *L’incidenza virtuosa della tutela dei diritti fondamentali nel completamento dello spazio europeo di giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, n. 1, p. 5 ove si sottolinea come la compiuta realizzazione dello spazio europeo di giustizia, specie in materia penale, non possa prescindere dalla necessità di garantire la piena tutela dei diritti fondamentali.

La giurisprudenza che si è formata sul mandato di arresto europeo è del resto la prova più evidente di un confronto che chiama costantemente in causa le clausole della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (da ora Carta DFUE) in materia di giustizia (tutela giurisdizionale dei diritti, giusto processo, diritto alla difesa, principi sui delitti e sulle pene, divieto del *ne bis in idem* di cui agli articoli 47-50).

Se è indubbio che lo Spazio suddetto rappresenti in un certo senso il luogo più idoneo per affinare le tecniche del bilanciamento, è altrettanto evidente come la valorizzazione dei precetti della Carta costituisca ormai un costante banco di prova per la Corte di giustizia che ha addirittura impresso di recente una significativa accelerazione sul versante del riconoscimento dell'effetto diretto di alcuni diritti fondamentali in materia sociale (es. diritto alle ferie) grazie a una virtuosa interconnessione tra diverse fonti del diritto europeo (fonti derivate e fonti del diritto primario dell'UE) in modo da favorire la massima effettività di alcune garanzie previste nella Carta DFUE<sup>2</sup>.

Questo fondamentale e sempre più pervasivo obiettivo di potenziamento del ruolo della Carta DFUE deve ovviamente necessariamente fare i conti con le naturali interconnessioni di quelle garanzie con il sistema nazionale (e, in particolare, con il livello costituzionale visto che larga parte delle garanzie della Carta DFUE esprime il condensato delle tradizioni costituzionali maturate a livello nazionale nel secondo dopoguerra attraverso l'esperienza del «Costituzionalismo sociale»<sup>3</sup>) e con le garanzie internazionali elaborate in ambito CEDU

<sup>2</sup> Sottolinea l'importanza di questa recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti sociali M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare(?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 10, pp. 4-5: questa intercomunicazione tra fonti (principio essenziale, direttiva, diritto primario scritto nella Carta) certifica, qualora ve ne fosse bisogno, il fatto che l'ordinamento dell'Unione è un «vero ordinamento giuridico» in cui le fonti del diritto vivono strettamente correlate al sistema. Su questa giurisprudenza recente della Corte di giustizia e sul suo impatto sugli stessi equilibri istituzionali dell'ordinamento europeo, si veda *infra* al par. 2.1.

<sup>3</sup> Categoria riconducibile all'obiettivo di realizzare uno «Stato sociale di diritto» che non si limita a garantire le sole libertà della tradizione liberale, ma mira piuttosto a realizzare le condizioni per il godimento dei diritti di cittadinanza che includono i diritti sociali, in linea con il programma scritto ad es. nell'art. 3, co. 2 della

grazie all'esperienza interpretativa maturata dalla Corte di Strasburgo. Per queste ragioni ci troviamo ormai quasi quotidianamente a ragionare sul confronto tra le diverse tecniche decisorie delle Corti chiamate a offrire a quelle garanzie effettività all'interno dei rispettivi ordinamenti, ciascuna nei limiti e nelle potenzialità interpretative delle garanzie scritte (Costituzione, Trattati, Convenzione europea dei diritti dell'uomo) di cui dispone.

Nella prospettiva di analisi che privilegia lo studio della tecnica argomentativa e decisoria delle Corti sovranazionali e internazionali è stata sottolineata la distanza rispetto al sindacato svolto a livello nazionale dalle Corti costituzionali: viste dal lato del loro *modus operandi*, tanto la Corte di giustizia quanto la Corte di Strasburgo sono state definite come «giurisdizioni senza legislazione e senza Stato» in grado di operare in un contesto privo dei meccanismi della revisione costituzionale che costituisce, nella dimensione nazionale, un limite esterno all'elaborazione giurisprudenziale<sup>4</sup>. Per i giudici internazionali dei diritti umani si pone del resto il problema radicale della legittimazione delle loro decisioni proprio muovendo dal confronto con le decisioni che le corti nazionali adottano «in nome del popolo della repubblica»<sup>5</sup>.

Pur nella consapevolezza del diverso contesto in cui sono elaborate le decisioni sui diritti a livello nazionale, sovranazionale e internazionale, l'obiettivo di questo studio è quello di focalizzare l'attenzione sulle relazioni tra i vari sistemi di tutela avendo cura di evidenziare

Costituzione italiana (impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana).

<sup>4</sup> Così G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 3, p. 26.

<sup>5</sup> Cfr. A. VON BOGDANDY, I. VENZKE (eds.), *In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification*, in *European Journal of International Law*, 2012, n. 1, pp. 7-41; per un'efficace sintesi di queste problematiche, v. A. VON BOGDANDY, *In the name of European Club of Liberal Democracies: How to Evaluate the Strasbourg Jurisprudence*, in *ejiltalk.org*, December 20, 2018. Sulla crescente legittimazione "sociale" delle decisioni della Corte interamericana dei diritti umani v. F. PIOVESAN, *O impacto da jurisprudência da Corte interamericana de direitos humanos e a emergência de um novo paradigma jurídico*, in R. ROMBOLI, A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Torino, 2019, pp. 129-151, spec. pp. 150-151.

il reale peso specifico da riconoscere al fatto di essere (o non essere, come nel caso della Corte EDU) un giudice che ha alle spalle un vero e proprio ordinamento capace di elaborare politiche pubbliche e quindi produrre norme giuridiche finalizzate a declinare, svolgere e attuare quelle politiche. In questa ottica sarà possibile evidenziare la diversa (e ben più articolata) complessità che si apre sul versante delle relazioni tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia, quando si trovano a confrontarsi sui livelli di garanzia “materialmente costituzionali” offerti dalla Carta DFUE, rispetto alle dinamiche che ruotano attorno alla controversia sul livello più elevato di protezione nel confronto tra garanzie costituzionali e garanzie CEDU riferito a un singolo diritto fondamentale. Mentre dal confronto con il livello delle garanzie elaborato in ambito Ue derivano una serie di problematiche interpretative/applicative collegate al fitto intreccio tra fonti interne nazionali e fonti prodotte dall’ordinamento sovranazionale, quando si confrontano le garanzie CEDU con i diritti/principi costituzionali i rispettivi custodi sono impegnati in un lavoro interpretativo che porta a distinguere il «sistema» nazionale (di diritti, doveri, politiche pubbliche) rispetto alla dimensione e all’impatto della soluzione adottata nel singolo caso giurisprudenziale elaborato a Strasburgo.

2. *La “sostanza” dei diritti da salvaguardare e la capacità degli ordinamenti di elaborare politiche pubbliche: il bilanciamento necessario*

Lo Spazio di libertà sicurezza e giustizia fornisce un terreno assai fertile dal quale emergono occasioni frequenti per la Corte di giustizia di misurarsi con il bilanciamento tra obiettivi politici prioritari e la necessità di salvaguardare diritti fondamentali e principi-valori supremi (a partire da quello della dignità della persona) le cui radici si sono consolidate nel momento in cui la Carta dei diritti fondamentali è divenuta, con il Trattato di Lisbona, parte integrante del diritto primario dell’Unione<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Sui diversi ambiti interessati dalla progressiva estensione delle competenze dell’Unione v. R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant’Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, n. 1, pp. 1-36, disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

Può essere utile ricordare in questa sede il percorso del bilanciamento svolto dalla Corte di giustizia nell'ambito dell'applicazione delle regole sul mandato di arresto europeo. Nel delicato settore della cooperazione giudiziaria penale abbiamo assistito a un primo approccio volto a rimarcare la priorità dell'obiettivo prioritario della massima collaborazione e fiducia reciproca tra gli Stati, obiettivo ritenuto prevalente rispetto alla valorizzazione del massimo livello delle garanzie individuali rappresentato dalla giurisprudenza CEDU sul processo *in absentia* (caso *Melloni*)<sup>7</sup>. L'obiettivo politico/istituzionale (massimo livello di cooperazione) che è alla base dello Spazio di cooperazione giudiziaria ha indotto la Corte di giustizia a rimarcare in questo caso le distanze rispetto al modo di concepire (in termini decisamente più assolutistici e stringenti) le garanzie del giusto processo in ambito CEDU viste dal lato dei diritti dell'imputato processato *in absentia*.

In casi del genere siamo in presenza di diverse (e talora non collimanti) narrazioni dei diritti a Strasburgo e Lussemburgo, narrazioni che esprimono approcci diversi alla tecnica del bilanciamento tra garanzie individuali e principi/obiettivi di natura politica. La valorizzazione dell'obiettivo primario della decisione quadro sul MAE e del suo art. 4 *bis* porta infatti la Corte di giustizia a non ritenere possibile che lo Stato cui è richiesto il rilascio dell'imputato condannato *in absentia* possa opporre il diverso e più stringente livello di garanzia costituzionale del diritto alla difesa: una tecnica del genere vanificherebbe l'efficacia vincolante del diritto dell'Unione su quel territorio, in aperto contrasto con il basilare concetto di primato del diritto UE sul diritto nazionale. Dunque, non è possibile per gli Stati usare "strumentalmente" il dettato dell'art. 53 Carta DFUE nella parte in cui vieta di interpretare clausole della Carta stessa come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti nel rispetto ambito di applicazione del diritto UE, dalle convenzioni internazionali – e in particolare dalla CEDU – e... *dalle Costituzioni degli Stati membri*.

Tre anni dopo la Corte di giustizia ha ritenuto invece prevalente il valore "assoluto" della dignità dell'uomo, valore che giustifica la

<sup>7</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, causa C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

sospensione dell' esecuzione del mandato di arresto in presenza del rischio concreto che il ricercato possa essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti nel paese richiedente<sup>8</sup>. Qui siamo nel dominio "totalizzante" del valore supremo della dignità della persona che induce i giudici a rifiutare l'idea del rischio che il condannato possa ricevere trattamenti inumani e degradanti. In questo caso l'art. 4 Carta DFUE e l'art. 3 della CEDU si saldano perfettamente: spetterà poi alle autorità giudiziarie riceventi la richiesta di consegna verificare le reali rassicurazioni offerte dal paese che ha richiesto la misura.

La ricerca di una qualche sintesi fra questi opposti esiti del bilanciamento è arrivata in una recente sentenza in cui la Corte di giustizia ha chiarito che l'autorità giudiziaria chiamata a dare esecuzione al mandato, ove disponga di «elementi oggettivi, attendibili, precisi e debitamente aggiornati» attestanti carenze sistemiche degli istituti penitenziari dello Stato emittente, deve valutare in concreto il rischio della violazione delle garanzie dell'art. 4 della Carta attraverso una valutazione di tutte le condizioni oggettive della detenzione tenuto conto dei requisiti minimi elaborati dalla Corte di Strasburgo in merito ai presupposti oggettivi (dimensioni della cella, presenza di servizi sanitari, loro dimensione, etc...) per valutare la precarietà o l'assenza di quelle garanzie come una violazione del divieto convenzionale di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)<sup>9</sup>. In questo caso i giudici di Lussemburgo, avendo scelto di valorizzare al massimo la dignità della persona, hanno scelto di attingere in toto ai parametri elaborati in ambito CEDU con riferimento al problema "sistemico" del sovraffollamento carcerario. La Corte di giustizia aveva del resto già in passato offerto il suo punto di vista in merito all'intangibilità

<sup>8</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198.

<sup>9</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, causa C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857, punto 85. I giudici di Lussemburgo richiamano, tra i presupposti oggettivi da verificare, lo spazio materiale a disposizione del detenuto da calcolare secondo i requisiti minimi risultanti dall'art. 3 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Inoltre, se ai fini della definizione dello spazio disponibile non si deve tenere conto delle infrastrutture sanitarie, quel calcolo dovrà comunque tenere conto del mobilio e si precisa quindi che i detenuti devono in ogni caso conservare la possibilità di muoversi normalmente nella cella.

della dignità dell'uomo che, essendo parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è destinata a prevalere nelle operazioni di bilanciamento anche quando siano in gioco le libertà economiche fondamentali sulle quali si fonda la stessa costruzione dell'integrazione europea<sup>10</sup>.

Le diverse gradazioni del bilanciamento appena richiamate ci riportano all'esperienza interpretativa del giudice costituzionale quando ricerca caso per caso la ragionevolezza del confronto tra diritti, principi e valori in potenziale conflitto. Ancora di recente, nel corso di un sindacato di costituzionalità di un provvedimento d'urgenza adottato per garantire al contempo il mantenimento dei livelli occupazionali – al fine di dare piena attuazione al diritto al lavoro – e l'adempimento del programma di risanamento ambientale imposto alle acciaierie Ilva di Taranto, la Corte ha ribadito un principio che esprime una precisa linea guida per le operazioni di bilanciamento. I giudici costituzionali hanno infatti invocato la necessità di ricercare caso per caso un equilibrio ragionevole tra diritti fondamentali eventualmente in conflitto: si tratta di un impegno costante che mira a raggiungere sempre una tutela «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). È questa la premessa in nome della quale è possibile evitare la tirannia di uno dei diritti rispetto alle altre situazioni giuridiche che sono tutelate dalla Costituzione e che «costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 14 ottobre 2004, *Omega Spielballen – und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbuergermeisterin des Bundesstadt Bonn*, causa C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614: sulla dimensione europea e costituzionale del principio della dignità v. in particolare A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012, p. 48.

<sup>11</sup> Così Corte Costituzionale, sentenza del 28 novembre 2013, n. 85, punto 9 del *Considerato in diritto*: «Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo “fondamentale”, contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un “carattere preminente” del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come “valori primari” (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti



La difficoltà di impostare una qualche forma di bilanciamento con gli obiettivi politici della massima cooperazione e fiducia reciproca tra gli Stati che emerge dal caso *Dorobantu* presuppone in realtà una assolutizzazione della protezione da riservare alle condizioni minime essenziali per garantire la dignità del condannato. Questo ragionamento ci riporta alle argomentazioni utilizzate da ultimo in una recente decisione che ha visto la Corte Costituzionale impegnata nel (complesso e problematico) tentativo di precisare i contorni “oggettivi” del principio-valore della dignità umana. La questione di costituzionalità riguardava la ragionevolezza della sanzione penale di alcuni comportamenti criminosi collegati alla prostituzione. Rispetto all’interpretazione offerta dal giudice rimettente, il quale dubitava della legittimità costituzionale delle sanzioni penali previste dalla legge Merlin nei confronti del reclutamento e favoreggiamento della prostituzione ritenendole non coerenti con la realtà odierna in cui la prostituzione è talora frutto di una libera scelta, i giudici costituzionali non solo escludono che la prostituzione volontaria possa essere ricondotta nell’alveo della inviolabilità dei diritti garantita dall’art. 2 Cost. in nome della libera determinazione del singolo nella sfera sessuale, ma ritengono piuttosto che la “scelta” di ricavare denaro da prestazioni sessuali sia da ricondurre nell’alveo del diritto di iniziativa economica. Pur essendo libera, l’iniziativa economica non può però svolgersi in contrasto, tra l’altro, con la dignità umana (art. 41, co. 2 Cost.). Sulla base di questa impostazione la Corte enuclea l’accezione della dignità in termini “oggettivi” e non certo soggettivi, cioè nell’ottica del singolo lavoratore o imprenditore: si tratta del resto di una pratica che ancora oggi non è frutto di una autentica scelta, espressione della libertà di autodeterminazione nella sfera della sessualità, ma di una soluzione che riflette piuttosto la debolezza e la margi-

fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

nalità sociale dell'individuo nel momento in cui accetta di svincolare la propria personalità compiendo una scelta che di fatto riduce la sfera più intima della corporeità a merce<sup>12</sup>. Di proteggere questa posizione di debolezza si è del resto fatto carico il legislatore che nel 1958 ha considerato la prostituzione, anche volontaria, un'attività che degrada l'individuo e su questa base ha previsto un ventaglio di ipotesi criminose per tutta una serie di comportamenti atti a impedire che la prostituzione potesse esercitata e quindi regolamentata alla stregua di un'attività di impresa.

È evidente come in questo caso la logica del bilanciamento ragionevole lasci il campo a una assoluta prevalenza del valore della dignità umana che peraltro nella nostra Carta costituzionale non è assunta come tale e cioè non opera come un principio pre-positivo e incondizionato<sup>13</sup>, ma è piuttosto declinata in termini relazionali e sociali (la pari dignità "sociale" di cui all'art. 3 comma 1 Cost.) e come tale può assumere sfumature diverse in relazione all'evoluzione delle trasformazioni sociali e culturali all'interno della società<sup>14</sup>.

Oggi che la dignità, in quanto presidio ultimo dei diritti della persona, è stata altresì qualificata come "inviolabile" dall'art. 1 della Carta DFUE<sup>15</sup> registriamo gli esiti di un virtuoso processo circolare di reciproca influenza del costituzionalismo elaborato all'interno del processo di integrazione europea con le tradizioni costituzionali nazionali: in questo processo interpretativo dinamico Corte di giustizia e Corte Costituzionale sembrano svolgere ragionamenti nella sostan-

<sup>12</sup> Così Corte Costituzionale, sentenza del 7 giugno 2019, n. 141, par. 6.1. del *Considerato in diritto*.

<sup>13</sup> A differenza di quanto accade nella *Grundgesetz* (Legge fondamentale) tedesca (1949) che all'art. 1 proclama espressamente l'intangibilità della dignità della persona, principio che è stato poi ampiamente valorizzato dal Tribunale costituzionale federale in quanto radice di tutti i singoli diritti fondamentali protetti dalla carta costituzionale.

<sup>14</sup> Cfr. sul punto i rilievi critici di M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n.141/2019 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (8 settembre 2019), p. 13.

<sup>15</sup> Come giustamente rileva A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo*, cit., p. 46, il carattere dell'inviolabilità riservato esclusivamente al valore della dignità evidenzia la scelta di riservare una posizione di supremazia di quest'ultimo rispetto agli altri diritti con evidenti ricadute nel campo del bilanciamento.

za convergenti spingendo talora l'acceleratore nella direzione del valore assoluto di quel principio quando si tratta di far valere la tutela prioritaria di soggetti posti in condizioni di vulnerabilità (condannati e persone dedite alla prostituzione).

A differenza di quanto accade per i giudici di Strasburgo, chiamati a interpretare le garanzie convenzionali con riferimento al caso del paese convenuto in giudizio, dinanzi alla Corte di giustizia e alle Corti costituzionali nazionali le questioni relative all'interpretazione e applicazione delle garanzie dei diritti sono necessariamente declinate all'interno dei rispettivi sistemi ordinamentali: la Carta DFUE, che dopo Lisbona ha acquisito lo stesso rango del diritto primario dell'UE, e le Carte costituzionali operano infatti all'interno di una trama di poteri, di politiche, di fonti e quindi si sviluppano all'interno di veri e propri ordinamenti.

È bene ricordare che non tutte le questioni che arrivano alla Corte di giustizia sono ovviamente questioni coinvolgenti diritti fondamentali e anche qualora siano in discussione garanzie di diritti protetti dalla Carta DFUE la Corte di giustizia può, se crede, fare a meno di valorizzare quel parametro (e attenersi unicamente all'interpretazione del diritto derivato). Che i giudici di Lussemburgo operino dentro un sistema di poteri e di competenze è confermato proprio dalla "cura" sovente impiegata nel non considerare norme della Carta recanti diritti e principi sociali, in aperto e chiaro atteggiamento di estrema deferenza verso il legislatore europeo (chiamato a definirne la sostanza normativa) e verso il pieno rispetto del riparto delle competenze tra Ue e Stati membri. Quando la Carta DFUE non viene valorizzata, la Corte di giustizia decide in base alle garanzie prescritte dal diritto derivato (direttiva): questa soluzione appare in linea con l'obiettivo prioritario dell'accordo "politico" che sostiene la Carta DFUE, obiettivo che impone di non utilizzare i principi sociali come valvola per ampliare ed estendere le competenze dell'UE al di là dei confini delle competenze definite dal TFUE<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Per un'indagine comparata sull'approccio della Corte di giustizia rispetto all'interpretazione di principi e diritti in materia sociale in confronto alle tecniche di *self restraint* ovvero di *judicial activism* elaborate dalla Corte Costituzionale, v. A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Napoli, 2017, spec. p. 414 ss.

Si tratta, come vedremo più avanti, di un processo in continua evoluzione visto che la Grande Sezione della Corte di giustizia ha sperimentato negli ultimi anni soluzioni decisorie che vanno invece nella direzione di una coraggiosa spinta verso una piena e incisiva valorizzazione di alcune garanzie proprio nel campo dei diritti fondamentali dei lavoratori. L'attivismo giudiziale in casi del genere conferma in realtà la capacità dei giudici di Lussemburgo di influire sugli equilibri politici e istituzionali attuali nel senso di voler rilanciare il progetto di integrazione nel nome dei diritti in una situazione contingente assai problematica per l'Unione europea in cui sicuramente prevalgono spinte disgregative e conflittualità tra gli Stati membri<sup>17</sup>.

### 2.1. *Nucleo essenziale incomprimibile dei diritti e politiche sociali*

Appaiono dunque di grande rilievo le aperture recentissime sul versante della piena valorizzazione della Carta DFUE rispetto al riconoscimento, anche nei rapporti inter-privati (dimensione orizzontale) di alcuni diritti fondamentali dei lavoratori (diritto alle ferie retribuite con conseguente diritto all'indennità in caso di mancata fruizione delle stesse). Queste importanti spinte in avanti testimoniano l'affermarsi di una armonizzazione che guarderebbe con sempre maggiore attenzione alla questione dei diritti fondamentali delle persone grazie a una Corte di giustizia ben attenta all'eco che le sue decisioni possono avere in una fase tanto travagliata per l'Unione europea<sup>18</sup>.

È importante sottolineare il passo in avanti nella direzione della tutela effettiva di un diritto sociale fondamentale: le ferie retribuite se non godute si trasformano in indennità economica che non si può perdere automaticamente se il lavoratore, parte debole del rapporto di lavoro, non le ha richieste entro i termini dovuti<sup>19</sup>. In particolare,

<sup>17</sup> Lo evidenzia, in particolare, M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1 ss.

<sup>18</sup> Cfr. S. SCIARRA, *Diritti sociali fondamentali nazionali e europei. A proposito del diritto alle ferie retribuite*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 10, pp. 1-14.

<sup>19</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenze del 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max Planck Gesellschaft zur Foerderung der Wissenschaften eV c. Tetsuji Shimizu*, ECLI:EU:C:2018:874 e causa C-619/16 *Sebastian W. Kreuziger c. Land Berlin*, ECLI:EU:C:2018:872.

anche quando il datore di lavoro è una società privata (come nel caso della *Max Planck Gesellschaft*) la garanzia del diritto alle ferie suddetto contenuta in una direttiva (art. 7, direttiva 2003/88) sviluppa tutta la sua efficacia in virtù di un ragionamento che consente alla Corte di giustizia di superare il problema della natura della fonte europea in questione giacché le direttive hanno di norma effetti giuridici nei confronti degli Stati e degli enti pubblici.

Dinanzi alla questione pregiudiziale interpretativa sollevata dal giudice tedesco (Corte federale del lavoro) in merito alla compatibilità con il diritto dell'Ue della normativa nazionale che ammette la possibilità di perdere il diritto alle ferie annuali retribuite in caso di mancata richiesta da parte del lavoratore nei termini prescritti, i giudici di Lussemburgo chiariscono in primo luogo che il datore di lavoro ha l'onere di dimostrare se e in quale modo abbia effettivamente messo il lavoratore nelle condizioni di fruire delle ferie annuali e se abbia quindi sufficientemente ricordato che in caso di mancata fruizione le ferie sarebbero andate perse. Per questa via la Corte di giustizia sembra voler rimettere ordine tra le parti del rapporto di lavoro muovendo dalla indispensabile premessa che è il lavoratore la parte debole in quel rapporto ed è necessario impedire al datore di lavoro di disporre della facoltà di restringere in misura irragionevole i diritti della controparte<sup>20</sup>.

Come abbiamo anticipato, la portata del diritto suddetto, letto alla luce della direttiva 2003/88 e dell'art. 31 par. 2 della Carta DFUE, andava precisata nell'ambito di una controversia tra un lavoratore e un datore rappresentato da un ente di diritto privato e dunque il ragionamento si è dovuto spostare sulla possibilità di far valere la prescrizione imperativa e inderogabile della direttiva (art. 7) nei rapporti tra privati. Il passaggio cruciale della decisione è quello in cui si sottolinea che quel diritto alle ferie annuali retribuite non è stato in realtà introdotto *ex novo* dalla norma della direttiva, ma trova piuttosto la sua fonte in atti internazionali (Carta sociale europea e Convenzione n. 132 dell'OIL del 24 giugno 1970) e riveste la natura di «principio essenziale del diritto sociale dell'Unione»: come tale ha carattere imperativo. Il contenuto di siffatto principio è “rifles-

<sup>20</sup> Così Corte di giustizia, Grande Sezione, *Max Planck Gesellschaft*, cit., punto 41.

so” nella formula dell’art. 31 della Carta DFUE nella parte in cui proclama il diritto alle ferie annuali retribuite: in virtù del carattere imperativo e incondizionato di siffatto parametro (che come tale non richiede una concretizzazione ad opera delle disposizione del diritto dell’UE o del diritto nazionale, le quali sono piuttosto tenute a precisarne i confini temporali e le modalità esatte di fruizione di quel diritto senza alterarne il contenuto essenziale) l’attenzione si sposta dalla direttiva verso il diritto primario dell’Unione (della cui natura partecipa l’art. 31, par. 2 della Carta). L’ultimo ostacolo che la Corte di giustizia supera è quindi lo spazio relativo all’ambito di applicazione dei diritti della Carta, se è vero che le sue disposizioni si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell’Unione, nel rispetto del principio di sussidiarietà, e nei confronti degli Stati membri (art. 51). Il fatto che il diritto fosse rivendicato nei confronti di un ente privato può essere dunque superato dalla possibilità che talune disposizioni del diritto primario, seppure rivolte *in primis* agli Stati membri, siano fatte valere nei rapporti tra privati<sup>21</sup>.

Il rilievo “politico” di questa operazione interpretativa all’interno degli equilibri istituzionali e quindi dell’indirizzo politico dell’Unione europea è tanto più evidente e ragguardevole se si considera che la garanzia dell’art. 31 è contenuta nella parte della Carta (Titolo IV) dedicata alla «Solidarietà» le cui garanzie sociali sono state, come noto, in passato declassate al rango di meri “interessi legittimi” ovvero confinate entro lo spazio dei principi (che secondo le Spiegazioni della Carta devono essere meramente osservati e non possono generare diritti soggettivi pienamente azionabili)<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Così Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max Planck Gesellschaft*, cit., punto 77 ove si cita il precedente costituito dalla sentenza del 17 aprile 2018, *Egenberger*, causa C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, punto 77.

<sup>22</sup> Il pensiero va in primo luogo alla profonda insoddisfazione generata dalle sentenze *Viking* e *Laval* come opportunamente sottolinea R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto orizzontale delle disposizioni in materia sociale della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2019, n. 1, p. 204. Sul grande potenziale delle garanzie contenute nella Carta DFUE ai fini della valorizzazione della tutela dei diritti sociali nel sistema dell’Unione, v. E. TRIGGIANI, *La cittadinanza sociale*, in M.B. DELI, M.R. MAURO, F. PERNAZZA, F.P. TRAISCI (a cura di), *Imprese e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*, Napoli, 2012, pp. 179-214, spec. p. 190 ss.

È indubbio che i giudici di Lussemburgo imboccando la via della piena valorizzazione della Carta DFUE nei termini appena descritti possono contribuire a superare la narrazione pubblica, così in voga tra i partiti «sovranisti», di un'integrazione europea concentrata unicamente sulle politiche del rigore economico e finanziario.

Che l'attivismo giudiziale nel nome della piena valorizzazione dei diritti fondamentali possa generare una dimensione "politica" del custode dei Trattati UE è del resto una prospettiva che ricorda da vicino un processo che ha visto protagonisti gli organi nazionali di giustizia costituzionale. In un simile *trend* si inserisce oggi a pieno titolo la Corte Costituzionale italiana che ha sperimentato fin dai primi decenni della sua attività diversi gradi e sfumature di quegli orientamenti. Quando i giudici costituzionali si ritraggono è per non invadere la discrezionalità del legislatore (*political questions*) mentre quando arrivano (persino) a forzare le maglie dell'accesso al giudizio sulle leggi in via incidentale lo fanno per spingere più in alto l'asticella delle garanzie costituzionali. Talune «forzature» del meccanismo di accesso al giudizio sulle leggi (al fine di ottenere la sindacabilità delle leggi elettorali, inaugurata con la sentenza n. 1 del 2014, e superare quindi quella che era sempre stata una zona d'ombra del giudizio di costituzionalità) ovvero sul versante della delimitazione nel tempo degli effetti caducatori (annullamento) di norme dichiarate incostituzionali (a fronte dell'esigenza di non alterare l'equilibrio di bilancio imposto dall'art. 81 Cost., come è avvenuto nella sentenza n. 10 del 2015) fanno parte di filoni giurisprudenziali che sono al centro dell'odierno dibattito in ambito costituzionalistico<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Ruotano in particolare attorno a questi recenti filoni giurisprudenziali non solo articoli e saggi ma intere monografie volte a definire i contorni odierni del meccanismo dell'incidentalità nel giudizio sulle leggi (G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017) ovvero si interrogano sugli effetti sistemici di una progressiva dilatazione per via giurisprudenziale dell'accesso "diretto" alla Corte Costituzionale (G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, 2018 e S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli, 2018).

Il quadro di riferimento che ci consente di individuare un «indirizzo politico costituzionale»<sup>24</sup> anche per la Corte di giustizia quando interpreta appieno il suo ruolo di custode della Carta DFUE è rappresentato dalla dimensione ordinamentale del processo di integrazione europea in cui il ruolo del potere giurisdizionale si nutre dell'interpretazione sistematica di diverse fonti del diritto via via stratificate (principi generali/essenziali, diritto primario dei Trattati, garanzie positivizzate nel diritto secondario e poi riflesse e riprodotte nella Carta DFUE) nel percorso di crescita e affinamento della dimensione “costituzionale” dell'Unione europea.

### 3. *Le garanzie costituzionali nei rapporti ordinamentali con l'Unione europea*

Rispetto al quadro ordinamentale di riferimento in cui si collocano le decisioni della Corte di giustizia e dei giudici costituzionali non si può, a mio parere, dedurre che la “migliore” (nel senso di massimo livello) prospettiva di protezione dei diritti sia automaticamente quella del giudice costituzionale nei casi in cui siano in gioco garanzie di diritti fondamentali positivizzati sia nella Carta DFUE che nella Costituzione italiana.

Come è noto, questa problematica interpretativa ha origine da un *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017<sup>25</sup> la cui effettiva portata è stata poi precisata nelle argomentazioni contenute in successive pronunce.

È difficile negare una eloquente e significativa concomitanza temporale: nel momento in cui la Corte di giustizia evidenzia maturità e padronanza nelle operazioni di bilanciamento tra diritti e principi ov-

<sup>24</sup> Nel dibattito costituzionalistico si ricorre a questa formula al fine di evidenziare l'acquisizione da parte del giudice delle leggi di spazi di intervento che evidenziano l'irrobustirsi di un ruolo politico di questa istituzione, ma non certo sul versante dell'indirizzo politico, in cui come è noto, operano governo e parlamento, ma nella dimensione “alta” di indirizzo politico riconducibile alla piena attuazione del dettato costituzionale.

<sup>25</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 14 dicembre 2017, n. 269, punto 5.2. del *Considerato in diritto*.



vero interessi pubblici (cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti sociali dei lavoratori alla luce delle garanzie della Carta DFUE) e dunque si registra un accresciuto ruolo istituzionale della stessa nel campo dei diritti, la Corte Costituzionale ha sentito il bisogno di chiarire e precisare le evoluzioni ordinamentali successive al Trattato di Lisbona.

In virtù di queste evoluzioni dell'integrazione europea e del ruolo acquisito dalle garanzie della Carta DFUE e dall'organo chiamato ad esserne custode, la Corte Costituzionale in realtà riannoda i fili di quanto aveva già affermato dieci anni prima quando ha demarcato, nel quadro del riformato art. 117, co. 1, Cost., i confini del vincolo derivante dalle garanzie della CEDU così come applicate e interpretate (in chiave evolutiva) dalla Corte europea di Strasburgo. Come sappiamo, nella sentenza n. 348 del 2007 la Corte Costituzionale chiarì che mentre «con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione», la Convenzione europea dei diritti dell'uomo invece «non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale (...) da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri»<sup>26</sup>.

Come vedremo più avanti, è proprio la complessità del processo di integrazione sopranazionale e le relazioni strette tra fonti primarie (Trattati e Carta DFUE) e diritto derivato dell'UE (direttive) a rendere necessario precisare i confini del nuovo corso della giurisprudenza costituzionale inaugurata dall'*obiter* del 2017 poi divenuto parte integrante della motivazione in alcune decisioni del 2019.

A fronte di un'evoluzione dell'integrazione europea che mette in circolo ormai sempre più spesso gli obiettivi e le competenze defini-

<sup>26</sup> Così Corte Costituzionale, sentenza 24 ottobre 2007, n. 348, punto 3.3. del *Considerato in diritto*.

te nei Trattati europei con le garanzie dei diritti fondamentali e che impone le regole sul funzionamento della Carta DFUE, specie nella parte in cui si prevede che le garanzie della stessa si rivolgono anche agli atti e alle scelte degli Stati membri “allorché applicano il diritto dell’UE”, abbiamo assistito a un avvicinamento tra la Corte di giustizia e il giudice delle leggi. La Corte Costituzionale ha infatti radicalmente mutato il proprio atteggiamento di chiusura rispetto alla possibilità di instaurare un dialogo con la Corte di giustizia attraverso il ricorso al rinvio pregiudiziale. Di questa scelta, praticata nell’ambito del giudizio in via incidentale nel 2013, si è avuta conferma proprio nella ordinanza n. 24 del 2017 attraverso la quale la Corte ha fatto valere la radicale incompatibilità tra la linea interpretativa condensata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco* del 2015 con alcuni principi costituzionali la cui violazione è in grado di far scattare i “controlimiti” alla efficacia diretta e al primato del diritto dell’UE<sup>27</sup>.

Dunque, nello stesso periodo in cui maturava il confronto-scontro sui “controlimiti”, la Corte Costituzionale, proprio nella consapevolezza delle evoluzioni in atto sul versante delle competenze dell’ordinamento europeo, ha sentito il bisogno di chiarire le effettive potenzialità del suo ruolo di custode dei diritti fondamentali invocando, sotto forma di *obiter*, la priorità “temporale” del sindacato di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia allorché si sia in presenza della lamentata violazione di una garanzia della Carta DFUE che riproduce una norma costituzionale. L’elemento distintivo fondato sulla natura e sull’efficacia della fonte europea (direttamente applicabile ovvero priva di questo requisito) sul quale si reggeva la “storica” sentenza n. 170 del 1984 non può essere più l’unico discrimine. Piuttosto, occorre valutare nella sostanza la norma del diritto dell’Unione: pur essendo le disposizioni della Carta DFUE ormai parte del *corpus* del diritto primario dei Trattati (e come tale immediatamente applicabile) ciò che rileva è la natura “materialmente costituzionale” di quelle garanzie. Continuare ad accettare che siano i giudici a poter disapplicare il diritto interno in contrasto con quelle garanzie equivarrebbe a consentire un sistema di controllo diffuso sulla violazione di norme «materialmente costi-

<sup>27</sup> Corte Costituzionale, ordinanza del 26 gennaio 2017, n. 24.

tuzionali» e quindi a violare le premesse del sindacato accentrato di legittimità costituzionale e il suo ruolo centrale nell'architettura costituzionale italiana<sup>28</sup>.

La priorità temporale del giudizio di costituzionalità è quindi collegata alla necessità di ribadire le specificità del giudizio di costituzionalità accentrato sulle leggi: la prospettiva di sintesi che solo la Corte Costituzionale può adottare è legata al possibile esito di quel sindacato ovvero sia alla facoltà di eliminare dall'ordinamento con effetti *erga omnes* la norma interna che contenga in sé sia profili di violazione della Costituzione, sia profili di incompatibilità con le garanzie dei diritti fondamentali in ambito UE. In nome di queste "virtù" del giudizio accentrato, la Corte Costituzionale indica ai giudici la via maestra ovvero sia la "preferibilità" dell'immediato sindacato di costituzionalità rispetto all'eventuale non applicazione limitata al caso di specie direttamente praticata da qualsiasi giudice nazionale nel momento in cui riscontri una violazione del diritto europeo direttamente applicabile scritto in una garanzia contenuta nella Carta DFUE che abbia il suo omologo in una garanzia costituzionale.

L'attrazione verso il previo sindacato accentrato di costituzionalità in queste circostanze non mi pare si traduca automaticamente in una scontata prevalenza unilaterale delle garanzie costituzionali in nome di una loro aprioristica predominanza assiologica: l'obiettivo è piuttosto quello di una ricerca della prospettiva interpretativa che offra il massimo delle garanzie e al contempo un luogo in cui quella ricerca sia svolta al meglio delle potenzialità (e cioè da parte del giudice delle leggi, unico a poter annullare una legge incostituzionale)<sup>29</sup>.

Nella giurisprudenza del 2019 vi sono esempi virtuosi della ricerca di questa sintesi fondata sulla comparazione dei livelli di tutela che uno stesso principio può aver maturato in ambito nazionale, sovra-

<sup>28</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 14 dicembre 2017, n. 269, cit., punti 5.1. e 5.2. del *Considerato in diritto*.

<sup>29</sup> Secondo A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Cost.*, 2019, n. 2, pp. 260-61 la Corte Costituzionale avrebbe invece ecceduto nel rivendicare a se stessa un ruolo centrale nella precisazione dei contenuti della Carta DFUE per via delle tradizioni costituzionali comuni e avrebbe altresì rivendicato una discutibile posizione di egemonia all'interno della rete giudiziaria sulla quale si regge l'integrazione europea.

nazionale e convenzionale<sup>30</sup>. Nel momento in cui la Corte Costituzionale mette sul suo tavolo i diversi parametri al fine di ponderare gli ambiti di tutela effettivamente raggiunti da un determinato principio a livello unionale, magari muovendo dal livello minimo garantito allo stesso in ambito CEDU, per poi confrontarlo con l'interpretazione costituzionale che lo sostiene in ambito nazionale non compie un'operazione arbitraria, ma ricerca piuttosto una sintesi che possa fornire una risposta definitiva e incontrovertibile alla situazione soggettiva *sub iudice*.

Questa sintesi mira in realtà a colorare l'affresco delle tradizioni costituzionali eventualmente consolidate attorno a quel principio: l'intervento del giudice costituzionale è in realtà un passaggio in certo modo necessario poiché solo sulla base di un costante aggiornamento di quelle tradizioni da parte di ciascun ordinamento nazionale si può alimentare concretamente la ricerca (fruttuosa e non meramente nominale) delle tradizioni comuni la cui elaborazione spetta alla Corte di giustizia.

Di questa ricerca vi è ampia traccia nella ordinanza n. 117 del 2019: in questa occasione la giurisprudenza costituzionale è stata messa a confronto con l'orientamento della Corte di giustizia in ordine all'applicazione del principio *nemo tenetur se detegere* giacché il giudice rimettente (Corte di Cassazione) dubitava della compatibilità della norma interna, adottata in attuazione del diritto UE in ordine al procedimento amministrativo di contestazione dinanzi alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate, con le garanzie costituzionali del diritto alla difesa e del giusto processo (artt. 24, 111, 117, co. 1, Cost.), quest'ultimo letto alla luce dell'art. 6 CEDU e in relazione all'art. 47 della Carta DFUE. In una situazione in cui sono presenti tutti i parametri (costituzionali, europei e sovranazionali) la Corte Costituzionale ha chiarito che il diritto al silenzio e a non fare affermazioni che potrebbero danneggiare l'incolpato (garantito dall'art. 24 Cost. e dall'art. 6 CEDU) vale non solo in materia penale, ma si applica anche ai procedimenti amministrativi: al contempo ha attivato il rinvio pregiudiziale al fine di ottenere dalla Corte di giustizia un

<sup>30</sup> Cfr. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 13, pp. 1-28.

chiarimento in merito alla lettura di quella garanzia alla luce dell'art.47 della Carta DFUE. Applicando qui la regola dell'*obiter* del 2017 si raggiunge l'obiettivo della previa valutazione con effetti *erga omnes* della incostituzionalità della norma impugnata e allo stesso tempo si lascia, in questo caso su iniziativa della stessa Corte Costituzionale, il dovuto spazio al coinvolgimento interpretativo della Corte di giustizia che è chiamata a chiarire e precisare l'estensione della copertura dell'art. 47 della Carta DFUE allorché una garanzia tipica del processo penale sia invocata rispetto a un procedimento amministrativo<sup>31</sup>.

È evidente la necessaria circolarità di un processo interpretativo che è il naturale corollario di sistemi nazionali sempre più profondamente integrati in un ordinamento sovranazionale la cui crescita resta sì affidata alla responsabilità di tutti i giudici chiamati a far prevalere il diritto euro-unitario sul diritto nazionale, ma non può prescindere dal confronto continuo e costante sui diritti, attraverso le relazioni tra il giudice costituzionale e le soluzioni interpretative della Carta DFUE riservate alla Corte di giustizia. Come abbiamo già ricordato, la Corte di giustizia ha nel suo corredo interpretativo un ampio spettro di soluzioni che vanno dalla mancata valorizzazione fino alla affermazione della piena e assoluta precettività, sperimentata di recente anche nel campo dei diritti sociali fondamentali (diritto alle ferie retribuite protetto dall'art. 31 Carta DFUE). Per questa via si procede attraverso un confronto costante tra le tradizioni elaborate in ambito nazionale su analoghe clausole di garanzia declinate nella Carta DFUE. È altresì indubbia la complessità di questo confronto e la molteplicità di situazioni che si possono concretamente verificare se è vero che il valore precettivo delle diverse garanzie offerte dalla Carta DFUE non è certo frutto di un processo interpretativo chiuso e definito, ma costantemente in via di precisazione ad opera della Corte di giustizia.

### 3.1. *Le relazioni tra ordinamenti giuridici e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*

Il confronto tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia si sviluppa sulla base di una fitta e complessa trama di relazioni tra or-

<sup>31</sup> Sul punto, F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 18, p. 14.

dinamenti, relazioni che rispecchiano l'andamento del riparto delle competenze e quindi delle politiche che hanno condotto il processo di integrazione europeo al punto in cui siamo. Come abbiamo già evidenziato, il confronto invocato dalla sentenza n. 269 del 2017 origina sia dalla percezione della "frequenza" con la quale ormai la Corte di giustizia imposta e risolve il bilanciamento tra obiettivi politici e diritti fondamentali, coinvolgendo sempre più spesso i principi e le regole contenute nella Carta dei diritti fondamentali, sia dalla praticabilità della via del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (anche) da parte della Corte Costituzionale.

Proprio per la complessità di siffatte relazioni tra ordinamenti fortemente integrati, le precisazioni rispetto all'*obiter dictum* del 2017 (relativamente all'ipotesi della contestuale violazione di una garanzia costituzionale che si trovi riprodotta in una norma della Carta DFUE) via via introdotte nelle motivazioni di alcune decisioni del 2019 non risolvono tutte le questioni interpretative, alcune delle quali restano problematicamente aperte.

La prima questione riguarda la natura del vincolo della previa proposizione della questione di legittimità costituzionale di una norma che sia sospettata di violare al contempo garanzie della Costituzione riprodotta nella Carta DFUE. Se, già alla luce delle sentenze nn. 20 e 63 del 2019, non si può ragionevolmente parlare di un obbligo, è però evidente che la Corte Costituzionale ha invitato i giudici a instaurare con essa un confronto diretto: si tratta di un rimedio "fortemente opportuno" che viene sollecitato dai giudici costituzionali<sup>32</sup>.

Sempre alla luce della giurisprudenza del 2019 è stato precisato l'ambito della facoltà dei giudici di sollevare qualsiasi questione pregiudiziale: non vi è alcuna preclusione e dunque la questione pregiudiziale può coinvolgere qualsiasi profilo che il giudice ritenga di dover sottoporre all'attenzione della Corte di giustizia una volta concluso il sindacato di costituzionalità.

È altresì inevitabile che il comportamento del giudice dipenderà dall'esito del giudizio di costituzionalità: nell'ipotesi in cui vi sia stata una sentenza di accoglimento, l'annullamento della norma interna incompatibile sia con la Costituzione che con le analoghe garanzie

<sup>32</sup> Così S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 10, p. 26.

della Carta DFUE rende pressoché inutile domandare alla Corte di giustizia lumi sulla compatibilità di una norma che è stata già sradicata dal sistema.

Diversa è invece l'ipotesi in cui il sindacato di costituzionalità abbia portato a una pronuncia di rigetto: in questo caso il giudice potrebbe avere qualche remora nel disapplicare una norma che è stata ritenuta conforme a Costituzione in virtù di un parametro interno sostanzialmente omogeneo al precetto della Carta DFUE e dunque potrebbe usare lo strumento del rinvio pregiudiziale, sempre che lo stesso non sia stato già attivato dalla stessa Corte Costituzionale.

I problemi aperti più rilevanti derivano dalle specifiche caratteristiche ordinarie relative all'assetto delle fonti europee e in particolare dall'intreccio tra le garanzie della Carta DFUE con analoghe garanzie già introdotte dal diritto europeo derivato, sia di fonte regolamentare (quindi dotato dell'applicabilità immediata e diretta) sia introdotto mediante direttiva (che può lasciare spazi più o meno ampi alla scelta discrezionale del legislatore nazionale in sede di attuazione della direttiva).

Il valore effettivo delle garanzie della Carta DFUE è dunque una questione spesso strettamente correlata con l'esistenza di analoghe garanzie all'interno di norme del diritto derivato (es. direttive) che spesso la Carta DFUE, adottata nel 2000 quando ormai il livello di integrazione tra gli ordinamenti era già molto profondo, si è limitata a riprodurre. In virtù di questo legame è opportuno chiarire di volta in volta il rapporto tra le due fonti. In presenza di norme nazionali che contrastino con una garanzia che si trova positivizzata nella Carta DFUE ma trova la sua origine nel diritto derivato, sarà opportuno verificare la "reale" sostanza normativa dello stesso e quindi stabilirne il carattere eventualmente auto-applicativo.

Se la norma interna di attuazione si inserisce in uno spazio aperto alla discrezionalità del legislatore si giustifica l'attivazione del previo controllo di costituzionalità rispetto all'eventuale non applicazione con possibile rinvio pregiudiziale da parte del giudici: è questo del resto il caso oggetto della sentenza n. 20 del 2019 giacché la norma interna, impugnata dal giudice rimettente per aver introdotto un vincolo di pubblicità per i dati reddituali di tutti i dirigenti pubblici in violazione del principio di proporzionalità nella tutela della privacy,

si inseriva in un quadro normativo di applicazione del diritto dell'UE ma operava all'interno di uno spazio non del tutto vincolato dallo stesso. In virtù di questa premessa si giustifica l'intervento in prima battuta della Corte Costituzionale anche se, in nome della unità ed effettività del diritto europeo, devono residuare margini al giudice per adottare misure provvisorie, rivolgersi eventualmente alla Corte di giustizia tramite rinvio pregiudiziale (sia di interpretazione che di validità) e disporre l'eventuale disapplicazione della regola nazionale una volta concluso il sindacato di costituzionalità<sup>33</sup>.

In un'ottica di piena e aperta collaborazione tra i giudici, che restano appunto pienamente titolari e responsabili rispetto all'uso del rinvio pregiudiziale, e la Corte Costituzionale, che è in grado di attivare il medesimo strumento per invocare sia il sostegno interpretativo della Corte di giustizia quando non vi sia giurisprudenza (ovvero vi siano interpretazioni contrastanti) in merito al valore e all'estensione di una clausola della Carta DFUE, sia per accertare la validità della fonte europea derivata sospettata di violare un parametro della Carta DFUE, credo si possa ragionevolmente ammettere che anche nell'ipotesi in cui la fonte interna sia pienamente riprodottriva di una direttiva e sussistano le condizioni per avere una doppia pregiudizialità possa essere la Corte Costituzionale, investita in via prioritaria, a sollevare questione pregiudiziale per aprire la via del controllo di compatibilità rispetto al diritto dell'Unione.

Analoga possibilità dovrebbe poter valere anche quando la norma interna, sospettata di confliggere sia con la Costituzione che con la Carta DFUE, sia riprodottriva di un principio codificato in un regolamento. Il giudice costituzionale è perfettamente consapevole del fatto che un sindacato di costituzionalità su una norma del genere sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione e quindi può valutare, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia in materia, se si renda indispensabile la via del rinvio pregiudiziale. È questo il caso già verificatosi in occasione della già citata ordinanza n. 117 del 2019. La Corte Costituzionale dinanzi al sospetto di incostituzionalità della previsione che impone un obbligo di collaborazione nell'ambito di indagini su illeciti anticoncorrenziali corredato dalla

<sup>33</sup> In linea con quanto richiesto da Corte di giustizia, Grande Sezione, nella sentenza del 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*.



possibilità di irrogare sanzioni a colui che in sede di audizioni non collabora per non contribuire alla propria incolpazione, obbligo sostanzialmente riproduttivo di una disposizione di natura regolamentare (che aveva sostituito una precedente direttiva del 2003), una volta prospettata l'ipotesi della contestuale violazione dell'art. 24 Cost., nella parte in cui comprende il diritto al silenzio, dell'art. 6 CEDU, per la natura sostanzialmente punitiva delle sanzioni applicabili nel caso di violazioni di natura amministrativa, e delle garanzie contenute negli articoli 47 e 48 della Carta DFUE, si ferma dinanzi alla mancata chiarezza della giurisprudenza della Corte di giustizia. Infatti, mentre in alcune sentenze si rimarca la pienezza del vincolo di collaborazione nel corso di indagini su illeciti anticoncorrenziali, in pronunce successive all'entrata in vigore della Carta di Nizza i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto il carattere punitivo delle sanzioni amministrative previste dal nostro ordinamento in materia di abuso di informazioni privilegiate e questo farebbe pensare alla opportunità di estendere all'incolpato in quei procedimenti amministrativi sanzionatori il diritto al silenzio già garantito nei processi penali. A fronte di questa ambiguità, in virtù della sovrapposibilità tra la norma interna e la regola contenuta in una fonte europea direttamente applicabile, la Corte Costituzionale, riprendendo in toto la prospettazione offerta nell'ordinanza di rimessione dalla Corte di Cassazione, attiva il rinvio *ex art. 267 TFUE* chiedendo lumi alla Corte di giustizia in merito sia all'interpretazione della fonte europea, per verificare se consenta allo Stato di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente quando corra il rischio di fare emergere una sua responsabilità per un illecito punito con sanzione amministrativa di natura punitiva, sia in merito alla validità della fonte medesima da valutare, qualora si escluda quella possibilità interpretativa, con riferimento alla garanzia del diritto al silenzio ricavabile dagli articoli 47 e 48 Carta DFUE alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri<sup>34</sup>.

Il ruolo di “cerniera” svolto dalla Corte Costituzionale in presenza di un dubbio che nel caso sopra richiamato coinvolge la violazione

<sup>34</sup> Corte Costituzionale, ordinanza del 10 maggio 2019, n. 117.

delle tre Carte (Costituzione, CEDU e Carta DFUE) è frutto della piena cooperazione con il giudice rimettente, non mette in discussione il ruolo della Corte di giustizia rispetto alle sue prerogative nell'interpretazione della Carta DFUE né rispetto al suo ruolo esclusivo nella individuazione delle tradizioni comuni e pone al contempo le premesse per una sintesi che solo il giudice costituzionale, in virtù delle caratteristiche proprie del giudizio accentrato, è in grado di svolgere.

Potrebbe presentare altrettanti profili problematici il confronto tra la norma interna sospettata di violare una garanzia della Carta DFUE che, pur non essendo esplicitamente contenuta nel catalogo costituzionale, è il frutto dell'interpretazione evolutiva della Corte Costituzionale: se si seguisse il criterio "formale" diverse potrebbero essere le situazioni in cui il ri-accentramento del sindacato predicato dal giudice costituzionale, in caso di duplice violazione di parametro europeo e nazionale, non potrebbe operare. Nel catalogo della Carta DFUE vi sono infatti diversi esempi di garanzie che non trovano una corrispondenza diretta nel catalogo costituzionale ma il cui ambito potrebbe facilmente desumersi da interventi manipolativi del giudice delle leggi (interpretazione evolutivo/estensiva di una garanzia, sindacato di eguaglianza/ragionevolezza, interventi manipolativi/additivi, etc...). Se in questi casi si mantenesse la prospettiva di privilegiare la sostanza (costituzionale) della garanzia contenuta nella Carta DFUE certo si estenderebbe ulteriormente il raggio di azione del giudice costituzionale in caso doppia pregiudiziale: ma è altresì indubbio che chiudere gli occhi davanti a questa ipotesi sarebbe come negare il valore di fonte delle sentenze manipolative della Corte Costituzionale e la capacità della giurisprudenza costituzionale di attualizzare e potenziare il valore di un catalogo di diritti scritto nel 1947.

#### 4. *La "garanzia di sistema" rivendicata dalla Corte Costituzionale rispetto al livello di tutela internazionale dei diritti dell'uomo*

La "garanzia di sistema", che la Corte Costituzionale ha più volte invocato al fine di evidenziare il più efficace livello di tutela dei diritti fondamentali realizzabile in ambito nazionale rispetto alla protezione

internazionale dei diritti umani, è stata usata, come è noto, per “aggiustare” il peso specifico e la pervasività della giurisprudenza della Corte EDU come parametro interposto ai sensi dell’art. 117 Cost. (obblighi internazionali che limitano la potestà del legislatore statale e regionale). L’enunciazione di questo argomento appartiene a una delle «tecniche di distanziamento»<sup>35</sup> dei giudici costituzionali rispetto agli orientamenti elaborati a Strasburgo nel caso delle pensioni svizzere. In quella occasione la Corte Costituzionale si rifiutò infatti di riconoscere piena tutela al diritto a un equo processo – a differenza di quanto era stato statuito dai giudici di Strasburgo nella condanna a carico dell’Italia per avere dato applicazione retroattiva ad una norma che aveva influito su processi in corso favorendo esiti deteriori per i ricorrenti – sulla base di un giudizio di ragionevolezza impostato autonomamente in cui la Corte ha tenuto conto di altri principi/interessi costituzionali in gioco ovvero della parità di trattamento tra pensionati e della necessità di mantenere il bilancio in equilibrio<sup>36</sup>.

In effetti, sul versante dei rapporti tra Corte Costituzionale e CEDU non troviamo l’intreccio tra le garanzie di natura costituzionale di un catalogo dei diritti con un sistema di fonti prodotte da un ordinamento sovranazionale, ma siamo di fronte alla complessa ricerca della delimitazione del vincolo della interpretazione giurisprudenziale delle garanzie convenzionali elaborata dalla Corte di Strasburgo. La difficoltà di questa ricerca, costellata da progressivi “distinguo” successivi alle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 è direttamente collegata alla tecnica decisoria e alle modalità del *reasoning* di quel giudice internazionale dei diritti umani.

È rispetto a questa specificità della tecnica decisoria e dell’argomentazione utilizzata dai giudici di Strasburgo che si concentra la distanza di

<sup>35</sup> Secondo la felice formula utilizzata da F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni Cost.*, 2019, n. 2, p. 483.

<sup>36</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 28 novembre 2012, n. 264, punto 5.4., ove si contrappone la tutela «in modo parcellizzato» dei diversi valori in campo realizzata a Strasburgo (nel caso *Maggio e altri c. Italia*, sentenza 31 maggio 2011) alla «tutela sistemica e non frazionata» che spinge i giudici costituzionali a tenere conto dell’equilibrio complessivo del sistema previdenziale, dei vincoli di bilancio scritti nell’art. 81 Cost. e della necessità di evitare un’insostenibile sperequazione a vantaggio dei ricorrenti vittoriosi a Strasburgo i quali avevano in realtà versato in Svizzera un quarto dei contributi dovuti in Italia.

questo modello decisionale rispetto alla “tutela sistemica e non frazionata” che il nostro giudice delle leggi continua a opporre con l’obiettivo di far valere la supremazia assiologica delle garanzie costituzionali.

A differenza delle premesse sopra ricordate con riferimento ai rapporti tra ordinamento costituzionale e ordinamento UE, la prospettiva di “sistema” nel caso dei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte EDU è tutta *interna* alle modalità, alle forme e alla estensione della tutela dei diritti fondamentali nel singolo caso portato dinanzi a quel giudice internazionale.

Su questa premessa si fonda del resto l’affermazione della giurisprudenza costituzionale sul “più elevato livello di tutela” offerto dalla Carta costituzionale che, a differenza della prospettiva meramente individuale e casistica dell’applicazione delle garanzie convenzionali nelle decisioni rese a Strasburgo, consente al giudice costituzionale di ponderare le garanzie di un diritto calandolo all’interno del sistema nel suo complesso (fatto di diritti, doveri, principi generali).

Nell’ottica di perseguire l’obiettivo della “massima espansione delle tutele” la Corte Costituzionale è approdata all’affermazione della “superiorità assiologica” della Carta Costituzionale che giustifica la necessità di graduare l’intensità dell’effetto di vincolo delle decisioni della Corte europea di Strasburgo in relazione all’eventuale sussistenza degli indici di riconoscimento della giurisprudenza europea “consolidata” elencati nella sentenza n. 49 del 2015. In questa sentenza la Corte Costituzionale ha tentato di precisare i confini del vincolo interpretativo accedendo a una casistica della cd. “giurisprudenza consolidata” non certo soddisfacente né interamente comprensibile<sup>37</sup>: di questo “finto” dialogo abbiamo piena testimonianza con la

<sup>37</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 26 marzo 2015, n. 49, punto 7 del *Considerato in diritto*, ove si legge a proposito degli indici di riconoscimento del diritto consolidato: «Non sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all’impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. Nonostante ciò, vi sono senza dubbio indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate

“risposta” arrivata dalla Corte di Strasburgo nel caso *G.I.E.M. e altri*. La precisazione fornita dalla Grande Camera nel caso in questione, in merito alla “pari” efficacia giuridica vincolante di “tutte” le sentenze adottate dalla Corte di Strasburgo, a prescindere dalla composizione del collegio giudicante competente a decidere, esprime una chiara reazione ai distinguo introdotti nella suddetta sentenza del 2015: ciò è del resto confermato dall’esplicita affermazione del giudice Pinto de Albuquerque quando evidenzia il carattere perentorio della suddetta affermazione della Corte EDU capace di «privare la sentenza n. 49 del 2015 del suo fondamento teorico»<sup>38</sup>.

Al di là del carattere perentorio dell’affermazione in questione non si può però parlare di un vero e proprio chiarimento.

La prospettiva dalla quale prendono le mosse i distinguo della Corte Costituzionale è legata alla consapevolezza di dover definire i confini del vincolo di conformità agli obblighi internazionali di cui all’art. 117 co.1 Cost. Per questo motivo assumono un grande rilievo i dubbi su ciò che a Strasburgo si deve considerare come orientamento “consolidato”.

Rispetto al vincolo derivante dalla giurisprudenza elaborata dai giudici di Strasburgo occorre considerare i caratteri di quel processo e le potenzialità decisorie riservate a quel giudice internazionale, po-

da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto. Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di “ogni strumento ermeneutico a sua disposizione”, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale».

<sup>38</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, punto 252; Opinione parzialmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, spec. punti 41 e 42.

tenzialità che convergono sull'unica possibilità di decidere se il diritto nazionale denunciato abbia violato o meno una garanzia della Convenzione e sulla consapevolezza del fatto che tutte le decisioni sono egualmente vincolanti. Non troviamo qui alcuno spazio per il dialogo costante con i giudici nazionali che si realizza in particolare nelle forme strutturate del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>39</sup>.

Nella giurisprudenza del 2019 resta del resto confermata la premessa del cd. "predominio assiologico" della Costituzione abbinata con la precipua capacità della Corte Costituzionale di interpretarla in una prospettiva "di sistema" che significa poter effettuare di volta in volta un bilanciamento con altri valori costituzionali eventualmente confliggenti. Da qui deriva l'unicità del bilanciamento costituzionale e quindi l'unicità del risultato ovvero la possibilità di annullare una legge con effetti *erga omnes*.

Nella sentenza n. 25 del 2019 la Corte si è trovata nella condizione di dover fare la sintesi tra una sua decisione del 2010 (n. 282), la sentenza della Corte EDU *De Tommaso* e una sentenza della Corte di Cassazione (SS.UU. penali n. 40076 del 2017) rispetto al significato del principio di legalità in materia penale. La norma che puniva l'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi", passata indenne dal giudizio di non fondatezza dei giudici costituzionali nel 2010, è stata poi scrutinata dalla Corte di Strasburgo rispetto al principio di legalità con riferimento alla libertà di circolazione (art. 2 prot. n. 4 CEDU) e si è arrivati alla censura di quella misura di prevenzione che, per la sua formulazione vaga e imprecisa, collide con la prevedibilità della condotta criminosa necessario presupposto per limitare la libertà personale di circolare. I giudici della Cassazione si sono confrontati con questa interpretazione della Corte EDU giungendo a una sostanziale convergenza, ma quell'intervento non ha generato una vera e propria *abolitio criminis* e dunque permanevano spazi in cui quella norma incriminatrice avrebbe potuto operare. Il sindacato di costituzionalità si pone qui come necessario completamento dell'opera interpretativa della Suprema Corte giac-

<sup>39</sup> Per queste e altre sostanziali differenze sulle tecniche processuali e decisorie della Corte di giustizia rispetto alla Corte EDU si rinvia al saggio di S. O'LEARY, *A Tale of Two Cities: Fundamental Rights Protection in Strasbourg and Luxembourg*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2018, pp. 3-31.

ché l'interpretazione adeguatrice dei giudici è soluzione ben diversa dallo sradicamento dal sistema con effetti *erga omnes* mediante la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione oggetto dell'interpretazione per violazione di un principio convenzionale come parametro interposto ai sensi dell'art. 117, co. 1 Cost.<sup>40</sup>.

È chiaro l'uso che la Corte fa della giurisprudenza elaborata a Strasburgo riconoscendo a quest'ultima il più elevato livello di garanzia a oggi esistente: su questa base arriva alla decisione di incostituzionalità della norma incriminatrice considerando assorbito il parametro interno dell'art. 25 Cost. Quando la Corte Costituzionale "sposa" integralmente, come in questo caso, la versione adottata a Strasburgo – in quanto vi riconosce il più elevato livello di tutela – è come se traghettasse nell'ordinamento un esito giurisprudenziale che si è formato nell'ambiente affatto peculiare della tecnica decisoria utilizzata dalla Corte di Strasburgo.

Dunque, il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU è la premessa per filtrare l'impatto di un pronunciamento di un giudice internazionale che non solo ha un suo modo autonomo di procedere, fortemente condizionato dal caso concreto, ma che non ha strumenti per confrontarsi con i giudici nazionali nel corso della elaborazione del *decisum*.

In altre parole, il livello di protezione offerto dalla CEDU deve essere riportato all'interno dell'ordinamento e interpretato alla luce del sistema costituzionale nel suo complesso, senza che vi sia, però, una scontata prevalenza del livello costituzionale della garanzia. Dunque, in queste dinamiche la rivendicata centralità del giudizio di costituzionalità non implica – necessariamente – la prevalenza della carta costituzionale se il livello maturato a Strasburgo è giudicato più elevato.

##### 5. *Dinamiche tra Corti e sistematica delle fonti*

Alla luce delle considerazioni svolte sul confronto fra Corti nell'ottica della dimensione ordinamentale che accomuna i sistemi nazionali e l'Unione europea non mi pare corretto né utile sovrapporre il richiamo alla importanza di una garanzia giurisdizionale dei diritti dentro un si-

<sup>40</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 27 febbraio 2019, n. 25.

stema di giustizia costituzionale accentrato (che a sua volta si inserisce all'interno di poteri, competenze e responsabilità delle istituzioni repubblicane), richiamo che è alla base delle precisazioni svolte nei confronti della Corte di giustizia, con la necessità di perseguire l'obiettivo del massimo livello delle garanzie che la Corte Costituzionale ha elaborato nel – non certo lineare – cammino fatto di progressivi aggiustamenti dell'effetto di “vincolo” della giurisprudenza elaborata in ambito CEDU all'interno dell'ordinamento nazionale.

Non mi sembra che rispetto all'ordinamento dell'Unione la Corte Costituzionale abbia rivendicato una supremazia, ma piuttosto la possibilità di mettere in campo *in prima battuta* il suo armamentario e cioè la possibilità – che la rende unica nel sistema interno dei poteri costituzionali – di annullare eventualmente leggi incostituzionali con effetti *erga omnes*, senza però precludere in alcuna forma ai giudici comuni di invocare in ogni fase del giudizio la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia quando vi siano le ragioni e i presupposti per poterlo fare. Piuttosto, si tratta di ragionare in termini di leale collaborazione nella interpretazione delle clausole della Carta DFUE in relazione alla tradizione interpretativa costituzionale che è di per sé in continua evoluzione grazie alla giurisprudenza costituzionale.

Se dalla posizione istituzionale dei garanti si passano a considerare le fonti di riferimento (e cioè le Carte dei diritti nei diversi sistemi) ci si rende conto del fatto che mentre nell'evoluzione del cammino ermeneutico volto a precisare i confini del vincolo derivante dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo i giudici costituzionali ammettono che da quella giurisprudenza possa effettivamente arrivare un livello in astratto più elevato rispetto alle garanzie maturate in ambito nazionale, fatta salva la premessa che è preferibile la visione di “sistema” propria del giudice costituzionale, rispetto all'ordinamento unionale europeo vi potrebbe essere un livello più elevato grazie alle clausole della Carta DFUE così come interpretate dalla Corte di giustizia.

Ciò che caratterizza quest'ultima dimensione è il fatto di aver tracciato un percorso in cui i giudici costituzionali (oltre che i giudici comuni) procedono insieme con la Corte di giustizia mettendo in campo le rispettive capacità di essere non solo custodi delle rispettive Carte, ma anche interpreti degli equilibri (tra poteri) maturati nei rispettivi ordinamenti giuridici.



*Abstract*

## DIRITTI, CARTE E POLITICHE PUBBLICHE

Nella dimensione europea della protezione su più livelli dei diritti fondamentali, che vede impegnati il sistema giudiziario nazionale, gli organi sovranazionali e il giudice internazionale dei diritti dell'uomo, le relazioni tra la Corte Costituzionale e la Corte di giustizia si inseriscono in una dimensione ordinamentale costruita su politiche pubbliche, fonti del diritto e provvedimenti attuativi: in questa prospettiva la recente rivendicazione della priorità del sindacato di costituzionalità in ambito nazionale quando sia in gioco una garanzia riprodotta nella Carta DFUE pone problemi interpretativi diversi rispetto allo stato attuale delle relazioni tra il giudice costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo. In ambito CEDU la rivendicazione del "più elevato" livello di garanzia assicurato dal sistema costituzionale ruota esclusivamente attorno alla definizione del singolo diritto fondamentale e all'interpretazione dei suoi limiti.

## RIGHTS, CHARTERS AND PUBLIC POLICIES

In the European multilevel protection of fundamental rights, which involves the national judicial system, the supranational bodies and the international protection of human rights, the relations between Constitutional Court and EU Court of Justice are part of a legal system built on public policies, sources of law and measures necessary for their implementation: in this perspective, the recent claim of the «priority» of constitutional justice (when a constitutional guarantee also reproduced in the European Charter of Fundamental Rights is at stake) poses different interpretative problems compared to the current state of relations between Constitutional Court and European Court of Human Rights. In the ECHR context, the claim of the "highest level" of protection guaranteed by the constitutional system revolves exclusively around the definition of the individual fundamental right and the interpretation of its limits.

# FRA INTERPRETAZIONE E DIALOGO. IL RUOLO DEL GIUDICE NAZIONALE

Valeria Piccone\*

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Corte di giustizia e giudice nazionale. – 3. Omogeneità europea-identità nazionali. – 4. La “Federalizzazione” da *Van Gend en Loos* a *Max-Planck*. – 5. L’individuo come *core business* della giurisprudenza della Corte di giustizia. – 6. L’interpretazione quale strumento di riconduzione del sistema ad unità. – 7. Diritto interno e disapplicazione. – 8. Il ruolo dell’interpretazione conforme. – 9. Interpretazione conforme e rinvio pregiudiziale. Verso una rivisitazione della giurisprudenza *Cilfit*? – 10. Brevi considerazioni finali.

## 1. Premessa

Il richiamo al dialogo riporta immediatamente al noto verso di Hölderlin: «noi, gli uomini, siamo un dialogo e possiamo ascoltarci l’un l’altro» (...*Gespracht wir sind/Und hören können voneinander*). Ma se è appunto questo il basso continuo che si percepisce nell’attuale coacervo di relazioni internazionali – vale a dire, come scrive Heidegger, «il dialogo in quanto autentico accadere, evento del linguaggio/parola» e, pertanto, «fondo e fondamento dell’esserci dell’uomo» –, certo quel dialogo si è arricchito oggi di strumenti un tempo ritenuti inimmaginabili e che ne fanno la punta di diamante dell’integrazione europea.

*The European way of life è the way of life* fondata sui diritti.

L’espressione, della Presidente Von der Leyen, traduce, in realtà, uno dei portati più significativi dell’*acquis communautaire*: si tratta, infatti, di principio già dettato a chiare note dalla Corte di giustizia a partire dal 1986 con la sentenza *Les Vertes*<sup>1</sup>.

L’Unione è un’Unione di diritto, il che vuol dire che è fondata

\* Consigliere della Corte di Cassazione, componente del Consiglio Consultivo dei Giudici europei.

<sup>1</sup> Corte di giustizia, 23 aprile 1986, *Parti écologiste “les Verts” c. Parlamento europeo*, causa 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, punto 23.

non solo sui principi di democrazia e *rule of law* ma anche di tutela dei diritti fondamentali.

Lo stile di vita europeo è sinonimo di ascolto e confronto reciproco alla ricerca di soluzioni che rappresentino il bene comune. E tutto ciò che occorre fare è evitare che quel meccanismo si inceppi, per dirla con *Lacan*<sup>2</sup>, e renderlo invece fluente come una seta.

L'interrogativo da porsi è fino a che punto un meccanismo pluralistico e realmente composito di tutela dei diritti fondamentali<sup>3</sup> possa essere azionato senza minare la necessità di uniformità, conformità ed effettività del sistema del diritto dell'Unione.

Bisogna, quindi, stabilire in che modo possa crearsi un equilibrio, in termini di cooperazione giudiziale, fra sovranità nazionale e primato del diritto dell'Unione. In questo contesto, la realtà, ciò che «ci sfugge», per dirla ancora con *Lacan*, è quanto è accaduto con riguardo alla doppia pregiudizialità a seguito dell'ormai noto *obiter dictum* contenuto nella sentenza della Corte Costituzionale italiana n. 269 del 2017, nonostante gli importanti *revirements* che muovono dalla sentenza n. 20/2019<sup>4</sup>, passando attraverso la n. 63/2019 per poi approdare alla più recente n. 117/2019 che davvero pare mutare il segno.

<sup>2</sup> Di fronte ad un pubblico intellettualmente assai schierato (*Sartre, Lévi-Strauss, Pontalis*) alla domanda su cosa fosse la realtà, *Lacan* chiarì il suo pensiero dicendo che la realtà è ciò che ti scivola dalle mani, non ti torna, ti spiazza: la realtà è dove si inceppa!

<sup>3</sup> Con riguardo ad una relativamente recente discussione sul pluralismo costituzionale, G. DAVIES, M. AVBELJ, *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, Cheltenham, 2018, mentre, con riguardo ad una prospettiva comparativistica del diritto costituzionale italiano, D. PARIS, *Limiting the "Counter-Limits": National Constitutional Courts and the Scope of the Primacy of EU Law*, in *Italian Journal of Public Law*, 2018, n. 10, p. 205 ss.

<sup>4</sup> Su cui, A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *Consultaonline*, 23 febbraio 2019, p. 113 ss.; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale italiana. Verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, 4 marzo 2019; R. CONTI, *Giudici comuni e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme*, 4 marzo 2019; O. POLLICINO, F. RESTA, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in *Agenda Digitale*, 24 febbraio 2019.

Invero, una lettura della sentenza n. 269 del 2017 congiunta con quella della sentenza n. 115 del 2018 sembra contenere i semi per un'erosione dei due principi fondamentali che governano le relazioni fra sistema legale dell'Unione e ordinamenti nazionali: primazia ed effetto diretto<sup>5</sup>.

Ma è opportuno procedere con ordine.

## 2. *Corte di giustizia e giudice nazionale*

Due sono, senza dubbio, in base ad un sommario studio statistico, le più ricorrenti affermazioni contenute nelle sentenze della Corte di giustizia. La prima: «spetta al giudice nazionale»; la seconda, che ritroviamo, da ultimo, nella recentissima Grande Sezione del 14 maggio scorso in tema di orario di lavoro su rinvio pregiudiziale dell'*Audencia Nacional*, la Corte centrale spagnola<sup>6</sup>: «nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali chiamati a interpretarlo sono tenuti a prendere in considerazione l'insieme delle norme di tale diritto e ad applicare i criteri ermeneutici riconosciuti dallo stesso al fine di interpretarlo, per quanto più possibile, alla luce della lettera e dello scopo del diritto dell'Unione<sup>7</sup>»; due richiami costanti all'impegno del giudice nazionale.

<sup>5</sup> Sul rilievo costituzionale di questi principi, fra gli altri, E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 1981, n. 1, pp. 1-27; J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, p. 2403 ss.; R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge, 2015, pp. 77-146. Con particolare riguardo all'effetto diretto, il caso *Van Gend & Loos* è considerato dalla Corte di giustizia come la fonte e la base dei principi che hanno rappresentato la forma della struttura costituzionale dell'Unione come si evince dalla pubblicazione (consultabile su [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)) contenente i contributi relativi alla conferenza tenutasi in occasione del cinquantesimo anniversario del procedimento.

<sup>6</sup> Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 2019, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) c. Deutsche Bank SAE*, causa C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402, punto 69.

<sup>7</sup> Sulla centralità dell'interpretazione conforme sia consentito rinviare, fra l'altro, a: V. PICCONE, *A prima lettura di Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte Costituzionale n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2018, n. 1, p. 298 ss.; V. PICCONE, *Parità di*

L'Unione europea è un'Unione di diritto. La Corte di giustizia già a partire dalla sentenza *Les Verts* del 1986 con riferimento alla Comunità dell'epoca, insiste su questa connotazione "costituzionale" della costruzione europea, il che comporta che essa sia fondata non solo sul valore della democrazia, ma anche dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti fondamentali. È chiaro che in tale percorso anche le sentenze appartenenti ai primi trent'anni successivi alla firma dei Trattati di Roma siano state indispensabili: nonostante la caratterizzazione spiccatamente economica, l'Unione non sarebbe quella che è oggi se non si fossero affermati, da parte dell'unico giudice cui ciò era consentito, il principio del primato e dell'effetto diretto<sup>8</sup> e l'esistenza di un ordinamento di nuovo genere i cui soggetti non sono solo gli Stati membri ma anche i cittadini.

### 3. *Omogeneità europea-identità nazionali*

Ed infatti ben prima del Trattato di Lisbona, si tendeva ad individuare nel binomio "omogeneità europea-identità nazionali" non il limite ma, piuttosto, il fondamento del processo di costituzionalizzazione europeo. Si legittimava, così, il percorso volto ad una costituzione a più livelli sulla base del processo di integrazione tra i Trattati, da un lato, e le Costituzioni degli Stati membri dall'altro.

A più di un decennio di distanza, anche alla luce delle profonde

*trattamento e principio di non discriminazione. Il ruolo dell'interpretazione conforme*, in G. BRONZINI, R. COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, 2017, pp. 71-116; V. PICCONE, *L'interpretazione conforme nell'incrocio tra le giurisdizioni*, in AA.VV., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Napoli, 2016, p. 95 ss.; V. PICCONE, *L'ordinamento integrato, il giudice nazionale, l'interpretazione conforme*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, p. 1173 ss.; V. PICCONE, *Effetti Diretti, interpretazione conforme e principi generali dell'ordinamento comunitario, da Van Gend en Loos a Velasco Navarro*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2008, n. 1, p. 157 ss.

<sup>8</sup> Su cui, illuminanti le parole del Giudice Pescatore: «[...] Effectiveness is the very soul of legal rules and therefore I think that it is not excessive to say that any legal rule must be at first sight presume to be operative in view of its object and purpose [...] 'direct effect' is nothing but the ordinary state of the law».

modificazioni intervenute, i due estremi della omogeneità europea e delle identità nazionali restano strumenti importanti per indagare lo stato di evoluzione della *koinè* dell'Unione, evoluzione nella quale, nel vuoto delle politiche, la *primauté*, la prevalenza del diritto europeo sul diritto degli Stati membri, come elaborata dalla Corte di Lussemburgo, ha avuto un ruolo sicuramente nodale.

La dottrina pre-Lisbona individuava quale quadro normativo di riferimento gli artt. 6, par. 1, e 7 del Trattato sull'Unione europea, il primo dei quali positivizzava l'omogeneità come principio ordinamentale dell'Unione e il secondo prevedeva un procedimento politico di sanzione contro lo Stato membro che avesse violato i contenuti dell'omogeneità costituzionale.

Oggi l'impianto normativo è confermato e arricchito nella versione consolidata del Trattato sull'Unione europea; oltre al riconoscimento espresso dei diritti fondamentali previsto dall'art. 6, par. 1, TUE – che, come noto, richiama la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri – e a quello che è stato definito il “garante politico” rappresentato dal meccanismo di censura e sanzionatorio di cui all'art. 7 TUE, il nuovo art. 2 del Trattato dichiara solennemente che l'Unione si fonda su valori che sono comuni agli Stati membri.

In realtà, ciò che oggi gode di un fondamento normativo oltre a palesarsi quale valore immanente all'Unione nel suo complesso, è altresì il frutto di un lungo percorso che ha visto la Corte di giustizia vera protagonista del processo di integrazione.

Non v'è dubbio che il *background* europeo che segnava i primi anni del nuovo millennio fosse diverso da quello odierno. Molti erano gli spunti che inducevano a sperare in un'imminente “svolta” nel sistema istituzionale. Ed infatti, la proclamazione a Nizza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la presentazione del Trattato che istituiva una costituzione per l'Europa, costituivano senza dubbio una grossa accelerazione del passaggio da un'Unione europea solo economica ad un'Unione politica, creando una considerevole aspettativa nei commentatori dell'epoca.

Oggi i presupposti non sono più gli stessi: due gli avvenimenti di maggior rilievo. Da una parte, il più che noto fallimento del Trattato

costituzionale sottoscritto a Roma nel 2004, non ratificato da Francia e Paesi Bassi, seguito da referendum di esito negativo e definitivamente abbandonato nel 2007; dall'altra, il riconoscimento di valore giuridico vincolante alla Carta dei diritti fondamentali e la quasi integrale trasfusione del testo costituzionale nel Trattato di riforma dell'Unione europea, approvato a Lisbona nel 2007 ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009.

Eppure, a guardar bene, ci troviamo di fronte ad un percorso di integrazione, sicuramente non semplice ed accidentato, che tuttavia ormai ha raggiunto un livello davvero considerevole, essenzialmente per quanto è accaduto sul piano giurisdizionale per effetto dello straordinario impegno della Corte di giustizia in sinergia con le Corti supreme degli Stati membri.

La *primauté* del diritto europeo sul diritto nazionale, unitamente all'effetto diretto ed all'obbligo di interpretazione conforme che grava sui giudici nazionali costituiscono allora oggi la chiave di lettura nodale per comprendere il reale stato di salute del rapporto fra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e l'Unione europea.

#### 4. La "Federalizzazione" da Van Gend en Loos a Max-Planck

L'effetto di "federalizzazione"<sup>9</sup> di quella che oggi è l'Unione europea, garantito a partire dalla nota sentenza *Van Gend en Loos*<sup>10</sup> ha rappresentato il primo *step* di una rivoluzione "dolce" da cui è scaturito un soggetto nuovo e diverso da tutti gli altri organismi inter-

<sup>9</sup> Sulla tendenza alla "costituzionalizzazione" delle stesse Corti europee, per tutti, A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *www.rivistaaic.it*, 2013, n. 4, pp. 1-18; O. POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010, nonché O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Roma, 2010, p. 125 ss.

<sup>10</sup> Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, causa 26-62, ECLI:EU:C:1963:1.

nazionali: ma il vero punto centrale di quella pronunzia, su cui spesso non ci si sofferma, è da rinvenirsi proprio nell'urgenza di garantire agli individui un ruolo centrale nella costruzione della Comunità europea; da quel momento la centralità della tutela dell'individuo è costantemente ribadita dalla Corte.

Come rilevato dall'Avvocato generale *Yves Bot* al paragrafo 78 delle sue conclusioni nelle cause riunite dinanzi alla Grande Sezione del 6 novembre 2018, *Bauer e Willmeroth*<sup>11</sup>, il fatto che talune disposizioni di diritto primario si rivolgano, *in primis*, agli Stati membri non è idoneo a escludere che esse possano applicarsi nei rapporti fra privati (già la Corte era stata ben chiara in questo senso nella sentenza del 17 aprile 2018, *Egenberger*<sup>12</sup>).

La Corte, ci dicono i giudici di Lussemburgo nell'altra imponente sentenza del “pacchetto” sul diritto alle ferie del 6 novembre 2018, la *Max-Planck*<sup>13</sup>, ha già ammesso – proprio in *Egenberger* – che il divieto sancito all'art. 21, par. 1, della Carta e, cioè, il divieto di discriminazioni, è di per sé sufficiente a conferire ai soggetti privati un diritto invocabile in quanto tale in una controversia che li vede opposti ad un altro soggetto privato, senza, quindi, che vi osti l'art. 51, par. 1, della Carta<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2018, *Stadt Wuppertal c. Maria Elisabeth Bauer* (C-569/16), *Volker Willmeroth, in qualità di titolare della TWI Technische Wartung und Instandsetzung Volker Willmeroth eK c. Martina Broßonn* (C-570/16), cause riunite C-569/16 e C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871.

<sup>12</sup> Corte di giustizia, sentenza del 17 aprile 2018, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e. V.*, causa C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257.

<sup>13</sup> Corte di giustizia, sentenza del 6 aprile 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV c. Tetsuji Shimizu*, causa C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874.

<sup>14</sup> La Corte di giustizia, con il “pacchetto” costituito dalle tre sentenze rese in *Grande Chambre* il 6 novembre 2018, *Bauer, Max-Planck e Kreuziger*, nel solco di decisioni precedenti con riguardo al diritto del lavoratore alle ferie retribuite, che viene qualificato «principio essenziale del diritto sociale dell'Unione», ribadisce la centralità della disapplicazione della norma interna contrastante, rimanendo irrilevante che il conflitto in cui la direttiva 2003/88/CE viene invocata sia un tipico conflitto “orizzontale” e pur nell'ambito dei confini sanciti dall'art. 51 della Carta, con un apparentemente assai significativo effetto di rafforzamento reciproco di Carta e direttive, anche al di là del *mainstreaming* principio di non discriminazione.



## 5. *L'individuo come core business della giurisprudenza della Corte di giustizia*

La centralità dell'individuo emerge da queste pronunzie in tutta la sua compiutezza e si inserisce in quel meccanismo ricchissimo e composito di tutele che consta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, della Carta costituzionale e della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, meccanismo senza dubbio modulato sull'idea che più tutele garantiscono una maggior tutela dei diritti dell'individuo e che l'interprete debba fare i conti con una realtà variegata e complessa nella quale, non di rado, uno stesso caso è oggetto di esame da parte delle Corti nazionali, comprese le Corti supreme e quelle costituzionali, della Corte europea dei diritti umani e del giudice dell'Unione europea, con ciò intendendosi non solo la Corte di giustizia ma anche il singolo giudice nazionale quando opera come giudice dell'Unione<sup>15</sup>.

In questo contesto, quella che echeggiando *Weiler* potremmo definire “conversazione” fra le Corti<sup>16</sup> è andata arricchendosi e complicandosi nel tempo, imponendo ad ogni giudice di adempiere all'obbligo di leale collaborazione impostogli dall'art. 4 del Trattato declinandolo quotidianamente, nell'esaminare il caso concreto, in una serie di sfaccettature e di tutele un tempo inimmaginabili<sup>17</sup>.

Costituisce ormai un assioma del diritto moderno interno il princi-

<sup>15</sup> Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di effettività delle tutele *ex art. 47* della Carta dei diritti fondamentali, J. PRASSL, *Article 47 CFR and the effective enforcement of EU labour law: teeth for paper tigers?*, un contributo redatto per la Commissione europea, *Centre of Excellence in labour law*, aprile 2019.

<sup>16</sup> J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in M.E. COMBA (a cura di), *Diritti e confini. Dalle Costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Torino, 2002, p. XII ss.

<sup>17</sup> Fra i numerosissimi, preziosi scritti del “nostro” Antonio Ruggieri sul dialogo, mi limito a richiamare A. RUGGIERI, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consultaonline*, 2019, n. 1, pp. 157-182; ID., *Corte costituzionale, Corti europee e giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in *Consultaonline*, 2018, n. 3, pp. 548-567; ID., *Dialogo tra le Corti, tutela dei diritti fondamentali ed evoluzione del linguaggio costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 18, pp. 1-28.

pio secondo cui, se alla Corte Costituzionale – quale organo istituito a garanzia della Carta fondamentale – spetta il potere di accertare e dichiarare in via definitiva e vincolante il significato delle formule costituzionali, per loro natura elastiche ed indeterminate, nondimeno, l'interpretazione delle leggi è attività affidata ai giudici in piena indipendenza ed autonomia ai sensi dell'art. 101, co. 2, della Costituzione<sup>18</sup>.

A partire dalla sentenza n. 356/96 della Corte Costituzionale<sup>19</sup> si concretizza l'esplicitazione del *favor* per l'interpretazione costituzionalmente orientata<sup>20</sup> e, tuttavia, nel tempo, al giudice non si chiede più soltanto l'interpretazione conforme a Costituzione, ma si chiede, ormai, imprescindibilmente, l'interpretazione conforme al diritto sovranazionale.

Con le sentenze di parziale accoglimento nn. 120 e 194 del 2018, la Corte Costituzionale compie un ulteriore passo avanti nella direzione di una più decisa apertura verso l'utilizzazione delle fonti internazionali sottoposte, che lascerà il segno nella giurisprudenza successiva.

## 6. *L'interpretazione quale strumento di riconduzione del sistema ad unità*

Questo non facile compito di riconduzione del sistema ad unità mediante l'interpretazione spetta allora al giudice: esso è andato via via complicandosi man mano che si sono estesi i confini del diritto oltre lo Stato.

È evidente che il sistema dell'Unione europea presenta delle specificità che non sempre vengono colte appieno nelle loro diverse

<sup>18</sup> «Ai giudici la legge, alla Corte costituzionale la Costituzione», secondo C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, p. 160.

<sup>19</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 22 ottobre 1996, n. 356, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, ECLI:IT:COST:1996:356.

<sup>20</sup> Unità dell'ordinamento, coerenza e completezza di esso costituiscono un "processo a farsi" poiché considerare l'ordinamento come un dato acquisito significa negare il peso dell'attività ermeneutica nella costruzione di esso ed erroneamente intenderlo come un complesso di norme date precedenti l'attività ermeneutica e non, invece, l'insieme delle norme risultanti dall'attività interpretativa. Così, F. MODUGNO, *Ordinamento, Diritto, Stato*, in ID. (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2008, p. 8 ss.

implicazioni<sup>21</sup>; il diritto sovranazionale richiede una costante opera di adeguamento da parte dei giudici nazionali che, soli, possono garantirne l'efficacia prima che occorra un – a volte imprescindibile – ricorso al Giudice di Lussemburgo. A ben ragione, quindi, per ciò stesso, il problema dell'effettività delle norme dell'Unione europea e dell'osservanza delle sentenze è molto più avvertito e drammatizzato rispetto agli ordinamenti nazionali. Ciò spiega il rilievo centrale che assume l'uniformità di interpretazione e di applicazione di esse in modo da garantirne il più possibile l'omogeneità in tutti gli Stati membri.

Ed è proprio l'interpretazione conforme<sup>22</sup> il mezzo per la soluzione di tutte le antinomie, il vero strumento di chiusura del sistema, quello che consente di superare tutte le aporie e di ricondurre le stesse ad unità in via interpretativa, scongiurando anche il rischio di pericolosi conflitti fra i diversi giudici coinvolti.

L'esigenza di un'interpretazione conforme include l'obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata, se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva (Corte di giustizia, sentenze del 19 aprile 2016, *Dansk Industri (DI) c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, causa C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, punto 33, e del 17 aprile 2018, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, causa C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, riprendendo quanto già affermato in *Dominguez*<sup>23</sup>).

Oggi, in un momento in cui i principi sull'interpretazione conforme possono dirsi ormai certi e definiti, la questione più dolente, il *punctum*

<sup>21</sup> Sulla centralità della tutela dei diritti fondamentali, si veda S. DOUGLAS SCOTT, *A Tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, in *Common Market Law Review*, 2006, pp. 629-665.

<sup>22</sup> Su cui mi piace richiamare in questa sede, per tutti, sempre A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto euro unitario*, Relazione all'incontro di studio su *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*, organizzato dal C.S.M., Agrigento 17-18 settembre 2010, in *AIC*, 2 luglio 2010, pp. 1-28.

<sup>23</sup> Corte di giustizia, sentenza del 24 gennaio 2012, *Maribel Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre*, causa C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33.

*pruriens*, è sicuramente rappresentato dall'acquisita forza vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalle possibilità applicative di essa; questione resa urgente dal famoso *obiter dictum* della Corte Costituzionale nella sentenza n. 269 del 2017<sup>24</sup>, ed oggi, in

<sup>24</sup> La vicenda ha destato ampio interesse: L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 3, pp. 1-9; ID., *Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 16, pp. 1-14; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2017, n. 3, pp. 234-247; ID., *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2018, n. 1, pp. 267-279; ID., *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269 del 2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, 3831-18, Bolognesi c. Consob)*, in *Consultaonline*, 2018, n. 1, pp. 82-86; L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, in *www.forumcostituzionale.it*, pp. 1-8; F. FERRARI, *Quando confliggono diritto interno e diritto Ue: una sentenza della Corte*, in *www.laCostituzione.info*, 20 dicembre 2017; G. PISTORIO, *Conferme e precisazioni nel «cammino comunitario» della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017*, in *Rivista di Diritti comparati*, 11 gennaio 2018; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, in *www.forumcostituzionale.it*, 18 dicembre 2017; A. GUAZZAROTTI, *Un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017*, in *www.forumcostituzionale.it*, 18 dicembre 2017; G. SCACCIA, *L'inversione della «doppia pregiudiziale» nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *www.forumcostituzionale.it*, 25 gennaio 2018; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *www.forumcostituzionale.it*, 24 gennaio 2018; F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 4, pp. 1-11; L.S. ROSSI, *Il «triangolo giurisdizionale» e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della corte costituzionale italiana*, cit.; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 31 dicembre 2017, pp. 1-18; A.O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1 febbraio 2018, pp. 1-18; A. ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei «controlimiti»*, in *www.forumcostituzionale.it*, 28 febbraio 2018, pp. 1-6;

base alle sentenze n. 20<sup>25</sup> e 63 del 2019, ma, soprattutto, alla luce della sentenza n. 117, decisamente ridimensionata, dovendo ritenersi, alla luce di quanto riconosciuto dalla stessa Corte Costituzionale, la possibilità per il giudice di orientarsi alternativamente – o in sequenza – per il rinvio pregiudiziale o per la rimessione alla Corte Costituzionale, a seconda delle esigenze del caso concreto.

È di qualche tempo fa un significativo rinvio pregiudiziale della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione che, in rapida successione ha affrontato il delicatissimo snodo del contrasto della norma interna con il diritto dell'Unione dando conto delle motivazioni che non suggerivano la previa rimessione alla Corte Costituzionale, ma non v'è dubbio che non solo in sede di legittimità, ma anche di merito, rimessioni alla Corte Costituzionale e rinvii pregiudiziali sono stati evitati grazie al ricorso all'interpretazione conforme; fra le più recenti, in seno alla Sezione Lavoro, non solo le vicende in tema di contratto a termine<sup>26</sup>, ma anche una decisione in tema di licenziamento<sup>27</sup> che offre, altresì, un'interpretazione costituzionalmente orientata.

E. SCODITTI, *Giudice costituzionale e giudice comune di fronte alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo la sentenza costituzionale n. 269 del 2017*, in *Il Foro italiano*, 2018, n. 143, pp. 406-412; D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *www.questionegiustizia.it*, 12 marzo 2018; R. DI MARCO, *The "Path Towards European Integration" of the Italian Constitutional Court: The Primacy of EU Law in the Light of the Judgment No. 269/17*, in *European Papers*, 2018, n. 3, pp. 843-855; V. PICCONE, O. POLLICINO (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, Napoli, 2018. Sulle implicazioni interne e ricadute in sede di legittimità, mi permetto di rinviare a V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, cit.; R. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in O. POLLICINO, V. PICCONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, cit., p. 83 ss.; V. PICCONE, *Diritti fondamentali e tutele nel difficile "crossroad" fra le Corti*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 10, pp. 1-9.

<sup>25</sup> V. nota n. 3.

<sup>26</sup> Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, sentenze del 7 marzo 2019, nn. 6679 e 6680.

<sup>27</sup> Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, sentenza del 21 maggio 2019, n. 13649.

È evidente, d'altro canto, che pur essendo distanti dalla pessimistica visione di chi ha inteso considerare i rapporti tra le Corti alla stregua di un'*actio finium regundorum*, non possiamo dimenticare il rischio di conflitti fra più Corti poste a presidio di più Carte non gerarchizzabili fra loro, anche se non dobbiamo demonizzarli.

Il quesito nodale è allora se la partita dell'unità dell'ordinamento, la più difficile, viva una nuova stagione, muovendo proprio dall'interpretazione conforme come strumento di chiusura del sistema.

### 7. *Diritto interno e disapplicazione*

Sono trascorsi ormai più di quarant'anni da quando Federico Mancini stigmatizzava con forza la «chiusura provinciale della cultura giuridica italiana», la cui tipica manifestazione è il «testardo rifiuto [...] all'impiego delle fonti internazionali<sup>28</sup>» ed il quadro, come abbiamo visto, è assai mutato.

Non dimenticando di rammentare che, per il diritto interno, la violazione manifesta da parte del giudice del diritto dell'Unione rappresenta una «colpa grave», va rilevato, comunque, che il ruolo degli interpreti, in questo percorso, è centrale. Come lucidamente osservato dal Prof. Tesaurò: «Il senno di poi e più decenni di dialettica, vivace ma senza fucili, fanno ancor più apprezzare il coraggio e la saggia lungimiranza del giudice comunitario nell'esaltare al giusto le potenzialità dei trattati. Ma soprattutto, hanno rivelato il contributo insostituibile della cooperazione tra giudice comunitario e giudici nazionali ed in particolare l'apporto dei *piccoli* giudici al consolidamento del sistema ed alla tutela giurisdizionale effettiva dei singoli. Avremmo un diritto dell'Unione molto diverso se non avessimo avuto il Pretore e persino il Conciliatore italiani o la *Tariefcommissie* olandese. Anche l'Europa sarebbe stata diversa. Peggioro<sup>29</sup>».

Scriveva Vezio Crisafulli nelle sue Lezioni di diritto che l'unità dell'ordinamento non è «un dato bell'e pronto, ma una conquista sempre rinnovantesi, un risultato da conseguire all'atto dell'appli-

<sup>28</sup> F.G. MANCINI, *Equivoci e silenzi sul sindacato di polizia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, pp. 281-290.

<sup>29</sup> G. TESAURÒ, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, pp. XXV-XXVI.

cazione del diritto, al quale si perviene necessariamente passando attraverso l'interpretazione delle disposizioni da applicare, delle disposizioni prescriventi modi di soluzione delle antinomie, delle stesse disposizioni sull'interpretazione del diritto oggettivo e delle sue fonti<sup>30</sup>».

Uno dei tratti distintivi dello scenario giuridico mondiale degli ultimi anni è sicuramente quello rappresentato dal fenomeno che potremmo definire della “internazionalizzazione dei diritti umani”.

Nel tempo, soprattutto per effetto di una crescente sinergia tra le Corti, si è assistito ad un forte sviluppo nel campo dei diritti della persona, tanto a livello nazionale quanto sovranazionale, che ha condotto questi ultimi ad assumere una vera e propria “presenza iconografica” nel mondo non solo del diritto ma anche della politica. Tale espansione dei diritti, frutto del convergere di una vasta congerie di elementi, ha avuto come principale conseguenza quella di porre in crisi le collaudate categorie definitorie e di sganciare struttura e protezione dei diritti fondamentali dalla dimensione politica e culturale dello Stato nazione per agganciarla ad un patrimonio giuridico che ha la pretesa di essere dell'intera umanità.

L'estensione del diritto oltre i confini nazionali, d'altro canto, se muove da quella storica sigla del Trattato di Roma del 1957, pur così silenzioso sulla trama dei diritti, diventa rapidamente materia di interpretazione, spostando il piano dall'asse del legislatore a quello del giudice, non potendo negarsi che, come efficacemente afferma il Presidente emerito della Corte Costituzionale Giuseppe Tesaurò, «i trattati, come le leggi, sono pezzi di carta, che devono essere letti e interpretati perché possano correttamente tutelare diritti, verificare l'assolvimento di doveri, definire controversie. In breve vanno fatti vivere<sup>31</sup>».

Il sistema giuridico dell'Unione europea ha qualche specificità che non sempre viene colta al giusto nelle sue diverse implicazioni, specie da coloro che sentono forte la tentazione di avvicinarsi ad una materia diversa e così intellettualmente stimolante, ma che spesso lo

<sup>30</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale (Le fonti normative)*, Padova, 1993, p. 206.

<sup>31</sup> G. TESAURÒ, *Sessant'anni dai Trattati di Roma: ciò che dobbiamo alla giustizia dell'Unione*, in *Questione Giustizia, Osservatorio internazionale*, 25 marzo 2017.

fanno con una trasparente approssimazione. Penso anzitutto alla circostanza che il diritto comunitario – non mi consento il vezzo di certa dottrina e talvolta perfino delle massime giurisdizioni, che, ignorando l'art. 2 del Trattato di Lisbona, si ostinano ad usare l'improprio aggettivo eurounitario – non è applicato dalle istituzioni dell'Unione se non in misura minima; anche quello posto in essere dal legislatore comunitario, è applicato e dunque in prima battuta interpretato da amministrazioni e giudici degli Stati membri.

Si pensi, in definitiva, all'importanza fondamentale che assume l'uniformità di interpretazione e di applicazione delle norme dell'Unione, le quali devono subire le, e rimediare alle, variabili di approccio e di lettura dei giudici finlandesi e di quelli greci, di quelli spagnoli e di quelli francesi, fino ad oggi. L'attività interpretativa è un momento imprescindibile della funzione giurisdizionale, la legge "vive" nell'ordinamento nel momento della sua applicazione.

Il Trattato di Roma del 1957 ha prefigurato un sistema di controllo giurisdizionale affidato al giudice comunitario (oggi dell'Unione) e al giudice nazionale, ciascuno autonomamente ma, soprattutto, in stretta cooperazione l'uno con l'altro, mediante quel meccanismo sinergico che è il rinvio pregiudiziale e che si è rivelato fondamentale per il successo del processo di integrazione complessivamente considerato. È un meccanismo a tutti noto soprattutto in quanto molto simile a quello in Italia affidato alla Corte Costituzionale (ed infatti era stato "copiato" dal rinvio costituzionale tedesco). Da un certo momento in poi, allora, accanto all'interpretazione *secundum constitutionem* si impone quella conforme al diritto dell'Unione poiché se la Costituzione segna un primo cerchio di legittimità delle leggi, i Trattati dell'Unione europea rappresentano un secondo cerchio di legittimità, essendo imprescindibile una coerenza delle norme interne anche con quelle dell'Unione.

Una premessa imprescindibile allora per chi si accinga ad affrontare i nodi posti agli ordinamenti nazionali dall'obbligo di leale collaborazione (di cui all'art. 4 n. 3 del Trattato) e da quello di interpretazione conforme che grava sui giudici interni alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione rappresenta ormai la cartina di tornasole circa lo stato di salute dei diritti fondamentali nell'ordinamento interno. Ne



consegue che, posta l'estensione dell'applicazione della Carta in tutti gli ambiti che in qualche misura presentino punti di contatto con il diritto dell'Unione, senza dubbio, ogni ambito dell'ordinamento può oggi ritenersi scandagliabile nell'ottica del rispetto della Carta dei diritti fondamentali.

Proprio questa centralità della Carta dei diritti fondamentali e la ritenuta tendenziale sovrapposizione fra i valori da essa espressi e quelli contenuti nella Carta costituzionale rappresenta il sostrato della recente presa di posizione («precisazione» si legge nella sentenza) della Corte Costituzionale.

Scriveva Roberto Bin un po' di tempo fa che ognuna delle Corti ha una propria irriducibile opinione e quello che noi amiamo chiamare dialogo è anzi un'*actio finium regundorum* o addirittura un atto interruttivo dell'usucapione<sup>32</sup>. L'usucapione è, ovviamente, riferita alle originarie competenze delle Corti ed al rischio strisciante di erosione dovuto alla compresenza nello stesso spazio giuridico di *ben tre Carte dei diritti non gerarchizzabili tra loro*.

Con la sentenza n. 269 la Corte Costituzionale sembra proprio aver posto in essere tale atto interruttivo: con il famoso punto 5.2 la Corte ammonisce circa l'impossibilità di ricorrere al sindacato diffuso di costituzionalità con effetti disapplicativi operato per il tramite della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e cioè chiarisce che ogni volta che in sede interpretativa sia necessario intervenire disapplicando, sulla base della Carta, la normativa nazionale i giudici comuni non possono che far ricorso al sindacato di costituzionalità.

Per gli studiosi del diritto dell'Unione, «...il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». Come è stato osservato da Lucia Serena Rossi, «una limitazione del potere/dovere dei giudici nazionali di rinviare alla CGUE per chiedere lumi sull'interpretazione e sulla portata della Carta si porrebbe

<sup>32</sup> R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 1, p. 13.

in diretto contrasto con la sentenza *Simmenthal* e con il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 TUE»<sup>33</sup>.

La svolta sembrava suonare piuttosto stonata soprattutto in quanto si inseriva in un contesto in cui il giudice nazionale dialogava perfettamente con la Corte di giustizia, potendo contare in tempi rapidi sull'ausilio della Corte che, lo chiarisce in modo ineccepibile la sentenza *Melki*, vede le vicende inerenti il contrasto fra norma interna e norma comunitaria assistite da una «presunzione di rilevanza»<sup>34</sup> giungendo ad escludere la propria competenza solo qualora la questione stessa si presenti manifestamente disancorata rispetto al diritto dell'Unione o sia meramente ipotetica, ovvero la Corte non disponga di elementi di fatto o di diritto che le consentano di decidere la causa. Non può dirsi certo lo stesso per la Corte Costituzionale che, anzi, pone frequentemente il giudice rimettente in una situazione di *non liquet*, proliferando le decisioni di inammissibilità. Non v'è dubbio che si tratti di criteri del tutto diversi e più stringenti ma certo ciò spiega anche il maggior *appeal* del rinvio pregiudiziale rispetto alla rimessione alla Corte. D'altra parte, la finalità del rinvio pregiudiziale è diversa dall'incidente di costituzionalità. È evidente, allora, che la “rivoluzione copernicana” che sembrava voler porre in essere la Corte Costituzionale non è faccenda di poco momento già solo perché imbriglierebbe il giudizio sulla compatibilità comunitaria (per la quale il rinvio pregiudiziale risulta di ausilio straordinario come abbiamo appena visto) nei limiti del giudizio di costituzionalità.

L'idea, lo abbiamo appena accennato, è quella di una sovrapposibilità tra la Carta UE ed i diritti garantiti dalla Costituzione, sovrapposibilità da cui discenderebbe, secondo la Corte, un inammissibile sindacato diffuso che impone, quindi, il ricorso al controllo accentratore di costituzionalità. È evidente che poco chiaro appare il cambio di passo operato dalla Corte, soprattutto perché avvenuto a più di dieci anni di distanza dalla riproclamazione della Carta UE che, attribuendo ad essa lo stesso valore dei Trattati, avrebbe determinato quella

<sup>33</sup> L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 6.

<sup>34</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 22 giugno 2010, *Aziz Melki e Selim Abdeli*, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, punto 27.

sostanziale sovrapposizione fra Carta e Costituzione di cui riferisce la sentenza n. 269/2017. Sovrapposizione negata fino a pochi mesi prima (sentenza n. 111/2017), quando la stessa Corte ebbe a posizionarsi, proprio con espresso riferimento alla Carta UE, sui solidi principi fino ad allora elaborati con riferimento a tutto il diritto UE<sup>35</sup>. Del resto, una prospettiva esattamente opposta a quella espressa nel dicembre 2017 la Corte Costituzionale aveva espresso nella sentenza n. 56/2015<sup>36</sup>, che avrebbe poi dato il là alla sentenza della Corte di giustizia resa il 21 dicembre 2017 nel caso *Global Starnet*<sup>37</sup>. Altro è riconoscere la necessità che vi sia un controllo di costituzionalità autonomo riservato al giudice costituzionale, altro è, invece, riservare in via esclusiva il controllo della sussistenza di una violazione della Carta UE al sindacato della Corte Costituzionale, addossando sulle parti i rischi rappresentati dall'introduzione di un meccanismo di incidentalità estraneo al sistema UE. Ma, certo, la circostanza che il sindacato accentrato sulla Carta UE faccia diventare la Corte Costituzionale una sorta di giudice di unica istanza sulle sorti della Carta non impedisce, infatti, al giudice comune di replicare il rinvio pregiudiziale e, probabilmente, di arrivare ad una conclusione diversa da quella raggiunta, in caso di pronuncia di rigetto della questione di costituzionalità da parte della Corte Costituzionale.

Ma quello che possiamo chiederci in questo contesto è: può il giudice interno avere comunque un ruolo protagonista e tentare di colmare in via interpretativa la non tanto apparente frattura creatasi fra CGUE e Corte Costituzionale? Gioca qui un ruolo centrale a mio avviso l'interpretazione conforme. Come può l'interpretazione conforme essere protagonista di una distensione dei rapporti fra le Corti?

Resta al giudice lo straordinario strumento dell'interpretazione conforme. Spetta ancora al giudice il compito fondamentale di rendere compatibile l'ordinamento interno con quello comunitario per mezzo della sua attività interpretativa. Soltanto qualora pervenga ad optare per la disapplicazione – che come vedremo fra poco è sempre

<sup>35</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 12 maggio 2017, n. 111.

<sup>36</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 31 marzo 2015, n. 56.

<sup>37</sup> Corte di giustizia, sentenza del 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*, causa C-322/16, ECLI:EU:C:2017:985.

più diventata l'*extrema ratio* – allora dovrà coinvolgere la Corte. È lui l'organo di base dello spazio giudiziario europeo e sappiamo bene che è a lui che spetta l'attività interpretativa che si traduce in diritto vivente. Ecco, allora, quello che è stato definito il “tallone d'Achille” della sentenza 269. Proprio da essa può venire «...una spinta vigorosa per un uso ancora più insistito e incisivo del canone dell'interpretazione conforme<sup>38</sup>».

Vediamo allora come si atteggia, oggi, questo canone fondamentale dell'interpretazione conforme.

L'utilizzazione in chiave ellittica del sintagma “interpretazione conforme”, pur idonea ad informare già *ictu oculi* circa il potenziale contenuto di una riflessione sull'argomento, non può non indurre ad una precisazione sul peculiare atteggiarsi delle diverse ipotesi di interpretazione conforme note oggi all'ordinamento integrato.

Muoviamo proprio da questa premessa allora: nella consapevolezza della particolare suggestione evocata da espressioni quali “fabbrica delle interpretazioni conformi”, diventa indispensabile sottolineare come, nelle più recenti evoluzioni dottrinarie e giurisprudenziali, si sia passati dall'*interpretazione conforme* alle *interpretazioni conformi* in un crescendo rossiniano che è andato di pari passo con l'estensione dei confini del diritto oltre lo Stato.

Si parla di interpretazione conforme alla Costituzione, al diritto dell'Unione europea nonché di interpretazione convenzionalmente orientata.

Il panorama giurisprudenziale europeo degli ultimi anni è, quindi, essenzialmente incentrato sul rapporto dialogante fra queste Corti, talora demonizzato, quasi dovesse necessariamente tradursi in corto circuito; esso si è rivelato, invece, nella maggior parte dei casi, foriero di una virtuosa circolazione di *standard* di tutele. Per tale via i diritti sono diventati il fulcro dell'integrazione fra ordinamenti.

Il vero nodo gordiano di qualunque indagine attinente all'interpretazione conforme si incentra oggi, allora, sulla soluzione da dare alle eventuali antinomie che possano insorgere fra le diverse forme di interpretazione conforme cui l'interprete è imprescindibilmente tenuto e sul se, in tal caso, debba darsi la prevalenza dell'una sull'al-

<sup>38</sup> Così A. RUGGERI, “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XXII, studi dell'anno 2018, Pisa, 2019, p. 58.

tra; a ciò si aggiunge che ogni qualvolta non sia possibile procedere *tout court* ad un'interpretazione della norma interna compatibile con quella dell'Unione, la prima dovrà essere disapplicata o si dovrà far ricorso allo straordinario strumento del rinvio pregiudiziale per uscire dalla *impasse*; ma non alle stesse conclusioni si potrà arrivare relativamente alla norma CEDU.

Frequentissimamente ci si imbatte in ricorsi per violazione di legge fondati su presunte lesioni dell'art. 112 c.p.c. correlate a pretese inosservanze dell'art. 6 CEDU per mancata disapplicazione della norma interna contrastante e si leggono finanche principi consolidatissimi del diritto dell'Unione tipo quelli connessi a *Küçükdeveci*<sup>39</sup> ben richiamati e spiegati in ordine all'obbligo di attuazione del diritto dell'Unione che grava sul giudice nazionale ma del tutto impropriamente collegati al diritto convenzionale. A partire dalle sentenze gemelle sappiamo bene quale sia la sorte della norma interna in contrasto con una disposizione della CEDU<sup>40</sup>: in primo luogo, si imporrà all'interprete l'interpretazione convenzionalmente orientata, poi, in caso risulti impossibile pervenire ad un risultato corrispondente a quello voluto in sede convenzionale, si imporrà il ricorso alla Corte Costituzionale. Tuttavia si tratta di un'onda che va percorsa in modo adeguato e giuridicamente ineccepibile, potendo condurre ai risultati sperati soltanto qualora sia rispettosa dei principi che governano le relazioni fra ordinamenti. È chiaro, quindi, che in nessun caso, prima dell'adesione dell'Unione alla CEDU, potrà accogliersi un ricorso volto a sostenere la violazione di legge per effetto della necessità di disapplicazione diretta di uno strumento legislativo nazionale asseritamente trascurata dal giudice di secondo grado.

Sicuramente si impone all'interprete l'assolvimento dell'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata (si pensi, fra i tanti casi presentatisi al giudice in sede penale, all'annosa questione della *reformatio in pejus* della decisione assolutoria di primo grado giunta alle Sezioni Unite e decisa con la sentenza *Dasgupta*<sup>41</sup>; si pensi, altresì,

<sup>39</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, causa C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21.

<sup>40</sup> Corte Costituzionale, sentenze del 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

<sup>41</sup> Corte di Cassazione, Sezioni Unite Penali, sentenza del 28 aprile 2016, n. 27620.

al virtuoso dialogo instauratosi dopo la prima *Taricco*<sup>42</sup>, a seguito del rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale, con la seconda *Taricco*<sup>43</sup>, conclusosi con la sentenza della Corte Costituzionale n. 115 del 2018: la Corte di Cassazione, nel proprio ruolo di garante della nomofilachia, fa un uso approfondito e consapevole dell'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata che grava sull'interprete e riesce, pur con grande sforzo, ad evitare sempre più di frequente gravi aporie nel sistema. Ciò, tuttavia, non potrà mai condurre alla disapplicazione della norma interna contrastante con la norma CEDU; conseguentemente, inammissibile sarà il ricorso per cassazione orientato ad ottenere l'annullamento della sentenza di merito che non abbia disapplicato la disposizione interna contrastante con la norma convenzionale. Diverso discorso, ovviamente, qualora il contrasto sia fra la norma nazionale e quella dell'Unione perché tale contrasto impone la disapplicazione della norma interna incompatibile: quindi, diverso discorso per il contrasto fra norma interna e Carta dei diritti fondamentali.

Il primato del diritto dell'Unione, funzionale alla costruzione di un ordinamento giuridico unitario, oggetto di originaria accettazione da parte degli Stati mediante una parziale rinuncia alla propria sovranità, sottolineato da *Costa/Enel*, è chiaramente emergente nella già citata *Van Gend en Loos*, la madre di tutte le sentenze in tema di integrazione fra ordinamenti, laddove si afferma che: «La Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini»<sup>44</sup>; il nuovo ordinamento «nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi» che, in presenza di determinate condizioni, sono tutelabili in sede giurisdizionale.

<sup>42</sup> Corte di giustizia, sentenza dell'8 settembre 2015, *Taricco e altri*, causa C-105/14, ECLI:EU:C:15:555.

<sup>43</sup> Corte di giustizia, sentenza del 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.*, causa C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936.

<sup>44</sup> Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, causa 26-62, ECLI:EU:C:1963:1.

L'effetto diretto postula la supremazia del diritto comunitario: senza il primo, d'altra parte, ci troveremmo oggi di fronte una Comunità assai diversa, un'entità più oscura e remota, difficilmente distinguibile dai tanti organismi internazionali la cui esistenza resta tendenzialmente sconosciuta alla generalità dei cittadini; nondimeno, la funzione di uniformizzazione perseguita con l'obbligo di interpretazione conforme, ha assunto nel tempo, soprattutto per effetto di alcuni arresti della Corte di giustizia, ma anche dell'attività nomofilattica della Cassazione, un rilievo quasi inaspettato.

Fino ad un certo punto, qualsiasi questione afferente un ipotetico o reale contrasto normativo fra ordinamenti sembrava poter essere risolta mediante il percorso descritto nella decisione assunta dalla Corte nel già citato caso *Simmmenthal* secondo cui: «...qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario»<sup>45</sup> e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore che successiva alla norma comunitaria.

Il panorama è andato, poi, arricchendosi di sfumature ed infine ulteriormente complicandosi quando l'interpretazione giurisprudenziale è diventata materia di responsabilità dello Stato per inadempimento del diritto comunitario.

A partire dal caso *Kobler*<sup>46</sup> e passando per *Traghetti del Mediterraneo*<sup>47</sup>, la Corte di giustizia ha precisato, ampliandoli, i confini della responsabilità dello Stato membro, attribuendo rilievo per i danni arrecati ai singoli alla violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado.

Optando per un'analisi dei rapporti fra ordinamenti nella loro dimensione diacronica emerge, allora, *ictu oculi*, la progressiva insufficienza degli originari concetti di primazia e disapplicazione, in

<sup>45</sup> Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, causa 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, p. 635.

<sup>46</sup> Corte di giustizia, sentenza del 30 settembre 2003, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, causa C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513.

<sup>47</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA, in liquidazione, c. Repubblica italiana*, causa C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391.

quanto le relazioni appaiono estremamente più complesse ed implicano un coordinamento che va al di là delle competenze: si è imposto nel tempo uno sforzo ermeneutico peculiare in capo all'interprete per pervenire a soluzioni che, nel tutelare i diritti dei singoli, contemperino le diverse interpretazioni possibili del diritto interno e di quello sovranazionale, onde evitare conflitti.

Ad un certo punto, ci si è resi conto che spettava all'interprete il delicato compito di "conciliare l'inconciliabile" per usare l'icastica espressione dell'Avvocato generale *Pojares Maduro* nella causa *Arcelor Atlantique e Lorraine*<sup>48</sup>.

## 8. *Il ruolo dell'interpretazione conforme*

L'interpretazione conforme si pone come un'estrinsecazione della primazia, da cui discende direttamente, e della leale collaborazione (oggi art. 4 TUE); essa è "effetto strutturale" della norma comunitaria, in quanto diretta ad assicurare il continuo adeguamento del diritto interno al contenuto ed agli obiettivi dell'ordinamento comunitario. Si parla di *direct effect*, *indirect effect* e di *Grimaldi effect* per affermare, muovendo da una nota sentenza della CGUE, che anche in ordine alle stesse raccomandazioni si impone il ricorso all'interpretazione conforme<sup>49</sup>.

L'interpretazione conforme è inerente al sistema del Trattato e si estende all'ordinamento nazionale nel suo complesso (persino ai contratti collettivi come affermato dalla Corte di giustizia in *Pfeiffer*<sup>50</sup>).

Già nel 1984 con la nota sentenza *Von Colson* la Corte sanziona

<sup>48</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale POJARES MADURO del 21 maggio 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e altri c. Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable e Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, causa C-127/07, ECLI:EU:C:2008:292, punto 15.

<sup>49</sup> Corte di giustizia, sentenza del 13 dicembre 1989, *Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*, causa C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646.

<sup>50</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 5 ottobre 2004, *Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) e Matthias Döbele (C-403/01) c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, cause riunite C-397/01 a C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584.



l'impegno per tutti gli organi degli Stati membri, *ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali*, di conseguire il risultato contemplato dalla direttiva, come pure l'obbligo imposto dall'art. 5 del Trattato (poi 10, ora 4 TUE) di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale impegno<sup>51</sup>.

L'interpretazione conforme, infatti, si estrinseca nell'obbligo gravante su tutti gli interpreti del diritto nazionale *di prendere in considerazione tutte le norme del diritto interno – ed utilizzare tutti i metodi di interpretazione ad esso riconosciuti – per addivenire ad un risultato conforme a quello voluto dall'ordinamento comunitario*.

Nell'elaborazione giurisprudenziale comunitaria, molta strada è stata fatta da quando la Corte, nel 1963, proclamava il principio degli effetti diretti del Trattato, quale fonte di diritti per i singoli azionabili dinanzi alle Corti degli Stati membri. Passando per l'affermazione dell'obbligo di interpretazione della normativa interna in conformità alle direttive comunitarie come operante *as far as possibile* la Corte ha poi di recente confermato (prima nella discussa *Mangold*<sup>52</sup> ma poi, in *Küçükdeveci* e, oggi, soprattutto, in *Dansk Industri*<sup>53</sup>) il proprio ruolo primario di interprete privilegiato nell'elaborazione del sistema comunitario di diritti fondamentali, ruolo cui ha dato un sostegno straordinario proprio il ricorso da parte dell'interprete all'interpretazione conforme.

L'interpretazione conforme è, dunque, lo strumento sostanziale principale diretto ad assicurare l'unità dell'ordinamento, in quanto permette di superare le antinomie testuali e di assicurare la coerenza del sistema.

Se consideriamo l'attività ermeneutica del giudice non possiamo non sottolineare che non esiste un'interpretazione unica ed oggettiva se non in casi rarissimi: nella maggior parte delle ipotesi è possibile ricavare più norme da una singola disposizione.

<sup>51</sup> Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 1984, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, causa 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, punto 26.

<sup>52</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 22 novembre 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, causa C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709.

<sup>53</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 19 aprile 2016, *Dansk Industri (DI) c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, causa C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278.

I giudici comuni utilizzano i tradizionali criteri di soluzione delle antinomie (cronologico, gerarchico, di specialità, di competenza) e gli strumenti ermeneutici previsti dalle disposizioni sulla legge in generale (interpretazione letterale, interpretazione logico-sistematica, interpretazione teleologica, estensiva e analogia).

Ed è proprio la tendenziale insufficienza di tali strumenti ermeneutici e di soluzione delle antinomie e, in particolare, l'inidoneità del criterio gerarchico con riferimento ai rapporti fra ordinamento interno e ordinamenti sovranazionali e, quindi, fra norme interne e norme esterne, ad aver indotto alla straordinaria fioritura dell'interpretazione conforme come strumento di chiusura del sistema.

L'interpretazione conforme, pur nelle sue diverse estrinsecazioni, consta essenzialmente dell'adeguamento delle disposizioni legislative considerate, di volta in volta, alla Costituzione, al diritto dell'Unione europea, al diritto internazionale: si tratta dello strumento fondamentale ed imprescindibile per fugare il pericolo di antinomie normative e salvare la coerenza del sistema sulla base della presa d'atto che l'unità dell'ordinamento è una conquista quotidiana.

In un sistema giuridico che non è quello interno, ma quello interno «più quello comunitario, o, meglio, quello interno in quanto compatibile con quello comunitario» (oggi, più correttamente, «ordinamento dell'Unione europea»), il giudice comune è chiamato a confrontarsi con una legislazione dell'Unione, sovraordinata, che è tenuto a conoscere e ad applicare in un continuo, indispensabile, dialogo non più soltanto con il giudice costituzionale, bensì, anche, con la Corte di giustizia.

La sentenza *Dominguez*, del 2012, può ritenersi la *summa* del pensiero della Corte in materia di interpretazione conforme<sup>54</sup>.

Il giudice del rinvio chiedeva, fra le altre cose, se l'articolo 7 della direttiva 2003/88<sup>55</sup> dovesse essere interpretato nel senso che, in una controversia tra privati, una disposizione nazionale, ai sensi della quale il diritto alle ferie annuali retribuite è subordinato ad un periodo di lavoro effettivo minimo durante il periodo di riferimento, fosse contraria a detto articolo 7, e, pertanto, andasse disapplicata.

<sup>54</sup> Corte di giustizia, *Dominguez*, cit.

<sup>55</sup> Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, del 4 novembre 2003, in GUUE L 299/9 del 18 novembre 2003.

È interessante notare che, sin dal principio, la Corte evidenzia che la questione se una disposizione nazionale che sia contraria al diritto dell'Unione debba essere disapplicata si pone solo se non risulta possibile alcuna interpretazione conforme di tale disposizione. La centralità dell'interpretazione conforme emerge, sin dall'inizio, in tutta la sua intensità.

Ribadisce la Corte che, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali sono tenuti ad interpretarlo per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 288, terzo comma, TFUE. L'immanenza nel Trattato è chiaramente espressa: «L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale atiene infatti al sistema del Trattato FUE, in quanto permette ai giudici nazionali di assicurare, nell'ambito delle rispettive competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolvono le controversie ad essi sottoposte<sup>56</sup>».

I giudici di Lussemburgo rammentano che il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima.

Nell'affermare che l'art. 7 della direttiva 2003/88 non introduce alcuna distinzione tra i lavoratori assenti durante il periodo di riferimento a causa di un congedo per malattia e coloro che hanno effettivamente lavorato nel corso di tale periodo, la Corte, tornando su un punto cruciale (già affrontato in *Bectu*, anche dall'Avvocato generale Tizzano<sup>57</sup>) e nella necessità di garantire l'attuazione dei principi fondamentali del diritto dell'Unione senza compromettere l'autonomia decisionale degli Stati nazionali su materie sensibili, afferma che il diritto alle ferie annuali retribuite di un lavoratore assente per motivi di

<sup>56</sup> Corte di giustizia, *Pfeiffer*, cit., punto 114; *Küçükdeveci*, cit. punto 48.

<sup>57</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale A. TIZZANO, presentate l'8 febbraio 2001, nella causa C-173/99, *The Queen c. Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, ECLI:EU:C:2001:81.

salute durante il periodo di riferimento non può essere subordinato da uno Stato membro all'obbligo di aver compiuto un lavoro effettivo durante lo stesso periodo di riferimento.

Ancora una volta giunge in ausilio l'obbligo del giudice di verificare, prendendo in considerazione il complesso del diritto interno, se si possa pervenire ad un'interpretazione di tale diritto che consenta di equiparare l'assenza del lavoratore per incidente *in itinere* ad una delle fattispecie menzionate in tale articolo del codice del lavoro.

Soltanto qualora tale interpretazione non sia possibile occorrerà verificare se l'art. 7, par. 1, della direttiva 2003/88 abbia effetto diretto e se, in tal caso, la ricorrente potesse avvalersene nei confronti dei convenuti nel procedimento principale e, in particolare, del suo datore di lavoro.

A ben guardare, allora, la Corte suggerisce un percorso inverso rispetto a quello usualmente praticato e, cioè, pone la ricerca dell'esistenza nella normativa considerata di disposizioni atte ad essere direttamente invocate, in una fase successiva rispetto all'infruttuoso esperimento del tentativo di interpretazione conforme precedentemente attuato.

E infatti, soltanto qualora sia davvero impossibile percorrere la via interpretativa per raggiungere il risultato sperato di conformazione dell'ordinamento interno a quello dell'Unione si farà ricorso alla verifica della sussistenza di disposizioni in grado di produrre un effetto diretto.

L'obbligo di interpretazione conforme ha nel tempo acquisito più ampi spazi d'applicazione, al punto da essere ormai considerato, come detto, inerente al sistema previsto dal Trattato. L'esempio più evidente del progressivo ampliamento, operato per via pretoria, del campo d'applicazione dell'obbligo in discorso è rappresentato dalla sua estensione anche al c.d. terzo pilastro, oggetto del Trattato sull'Unione europea fino alla riforma di Lisbona. La Corte di giustizia ha stabilito infatti che «il principio di interpretazione conforme si impone riguardo alle decisioni quadro adottate nell'ambito del titolo VI del Trattato sull'Unione europea»<sup>58</sup>.

Nelle conclusioni dell'Avvocato generale *Kokott* nella causa *Im-*

<sup>58</sup> Corte di giustizia, sentenza del 10 agosto 2017, *Tadas Tupikas*, causa C-270/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:628.

*pact*<sup>59</sup>, i divieti di discriminazione vengono descritti come uno dei casi classici di effetti diretti nell'ambito del diritto europeo. Sappiamo bene, tuttavia, come nel tempo, in ambito lavoristico, l'obbligo di interpretazione conforme sia andato combinandosi in maniera sempre più stretta ed in un'osmosi crescente, con il divieto di discriminazioni. Nel caso *Mangold*, che vedeva contrapposti il sig. *Mangold* e l'Avv. *Helm*, per un contratto a termine che si fondava su una norma dell'ordinamento tedesco, ritenuta incompatibile con il divieto di discriminazione in base all'età, previsto dall'art. 6 della direttiva 2000/78<sup>60</sup>, la Corte di giustizia ha dichiarato che tale principio deve essere considerato un principio generale dell'Unione europea, desumibile da vari strumenti internazionali e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, e, pertanto, non dipende «dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età, in particolare per quanto riguarda l'organizzazione degli opportuni strumenti di ricorso, l'onere della prova, la protezione contro le ritorsioni, il dialogo sociale, le azioni positive e altre misure specifiche di attuazione di una siffatta direttiva»<sup>61</sup>. Di conseguenza, ha statuito che è compito del giudice nazionale assicurare, nell'ambito di sua competenza, la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendo la piena efficacia del principio di non discriminazione e disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale e «ciò perfino qualora il termine di recepimento della detta direttiva non sia ancora scaduto»<sup>62</sup>.

Connotata, a dire il vero, da non pochi elementi di creatività, la sentenza *Mangold* ha posto le basi per l'evoluzione della giurisprudenza in questa materia, che, nella sentenza *Küçükdeveci*, ha trovato poi una delle sue più alte espressioni e conferme.

<sup>59</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale J. KOKOTT, presentate il 30 marzo 2006, nella causa C- 557/12, *KONE AG e altri*, ECLI:EU:C:2014:45.

<sup>60</sup> Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, *che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*, del 27 novembre 2000, in GUCE L 303/16 del 2 dicembre 2000.

<sup>61</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 22 novembre 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, causa C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, punto 76.

<sup>62</sup> Corte di giustizia, *Werner Mangold*, cit., punto 78.

La Corte di giustizia, accogliendo l'invito dell'Avvocato generale a seguire un percorso più ambizioso rispetto alla precedente giurisprudenza e ad individuare nella direttiva 2000/78 la norma di riferimento, in quanto i fatti all'origine della controversia erano avvenuti dopo la scadenza del termine per trasporre l'atto in questione, ha chiarito che la direttiva dà espressione concreta al principio fondamentale della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, diretta espressione del principio di eguaglianza. E, dunque, proprio perché il principio di non discriminazione in base all'età rappresenta una delle applicazioni specifiche del principio generale della parità di trattamento nel lavoro, è esso stesso principio generale del diritto dell'Unione.

Su tali presupposti, la Corte ha ribadito che spetta al giudice nazionale – investito di una controversia in cui è messo in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, espresso concretamente nella direttiva 2000/78 – il compito di assicurare, «nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge nazionale»<sup>63</sup>. E soprattutto, che compete a tale giudice interpretare il diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, al fine di conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformandosi all'art. 288 n. 3 TFUE.

Qualora, invece, l'obbligo di interpretazione conforme non possa essere adempiuto e sussista una normativa confliggente, il giudice nazionale dovrà disapplicare la regolamentazione interna per dare attuazione a quella dell'Unione nella sua interezza e tutelare i diritti che questa riconosce ai singoli.

La Corte ha, poi, completato il processo di consolidamento dei poteri del giudice nazionale nell'applicazione del principio di eguaglianza anche nei rapporti fra privati, con il caso *Dansk Industri*, che giunge dopo oltre vent'anni a seguire un altro caso *Dansk Industri*, quello che vedeva protagonista la *Royal Copenhagen* ed in cui i verniciatori di porcellana azzurra erano tutti donne tranne uno.

<sup>63</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 19 gennaio 2020, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, causa C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, punto 51.

Seguendo un percorso argomentativo molto lineare, la Corte ha confermato che lo strumento privilegiato per assicurare il primato del diritto dell'Unione e, soprattutto, garantire ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti da esso derivanti è appunto l'obbligo per il giudice nazionale di interpretare il diritto interno per quanto più possibile alla luce delle esigenze e degli obiettivi del diritto dell'Unione.

La Corte di giustizia, rispondendo espressamente al giudice danese, ha ritenuto – come già abbiamo ricordato – che l'interpretazione del diritto interno conforme al diritto dell'Unione non può essere ritenuta *contra legem* per il solo fatto di essere in contrasto con precedenti pronunce nazionali e che l'obbligo di interpretazione conforme comporta che il giudice interno debba modificare, eventualmente, la giurisprudenza, sia pure consolidata, se trae origine da un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva. La Corte ha affermato che, ove non possa applicarsi il metodo dell'interpretazione conforme, è proprio l'esigenza di garantire il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, ad imporre al giudice interno la disapplicazione della normativa nazionale con esso incompatibile: il rapporto diventa inverso a quello percorso fino ad allora. Se già in *Dominguez* la strada sembrava questa, ora è chiarissimo che la prima strada da percorrere è sempre quella dell'interpretazione conforme e soltanto qualora essa non sia percorribile, si impone la disapplicazione della norma interna soprattutto quando ci si trovi in presenza di un meta-principio del diritto dell'Unione, un principio sovraordinato, immediatamente applicabile, quello di uguaglianza e non discriminazione.

Quanto al rapporto tra principi generali del diritto e applicazione dell'obbligo di interpretazione conforme, la Corte ha escluso che il principio del legittimo affidamento possa prevalere su quello di non discriminazione perché ciò «equivarrebbe, in realtà, a limitare gli effetti nel tempo dell'interpretazione accolta dalla Corte, poiché, per mezzo suo, detta interpretazione non troverebbe applicazione nel procedimento principale», aggiungendo che neppure la presenza nell'ordinamento interno di un diritto al risarcimento del danno per violazione del diritto dell'Unione imputabile allo Stato a vantaggio di coloro che (nella fattispecie i lavoratori subordinati) invochino un

diritto soggettivo derivante dal diritto dell'Unione, possa essere utilizzata come limite all'operatività dell'obbligo di interpretazione conforme né all'eventuale conseguente obbligo di disapplicare il diritto interno incompatibile.

In sostanza, la Corte ha stabilito che né il principio della certezza del diritto, né quello della tutela del legittimo affidamento né la possibilità per il privato che si ritenga leso dall'applicazione di una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Unione di far valere la responsabilità dello Stato membro interessato per violazione del diritto dell'Unione possano incidere sull'obbligo per il giudice nazionale di assicurare un risultato conforme a quello voluto dalla direttiva e che tale risultato debba essere perseguito, in *extrema ratio*, attraverso la disapplicazione della norma interna ad essa contraria.

L'*extrema ratio* della disapplicazione della norma interna confliggente emerge in tutta la sua ampiezza in una vicenda che ha direttamente interessato l'Italia nella causa *Abercrombie & Fitch*<sup>64</sup>: in essa si evidenzia chiaramente come il giudice di merito, pur tentando tutte le strade dell'interpretazione conforme, sia pervenuto alla disapplicazione della norma interna confliggente, reputandola contrastante con la normativa comunitaria; il giudice di legittimità, seguendo una strada diversa, ha invece reputato imprescindibile adire la Corte di giustizia ritenendo che solo in sede di nomofilachia comunitaria sarebbe stato possibile verificare se e come risolvere il problema della normativa interna eventualmente incompatibile.

La Corte di appello di Milano aveva accolto l'impugnazione proposta dal ricorrente che, assunto con contratto di lavoro intermittente prima del raggiungimento del venticinquesimo anno di età, non si era visto rinnovare il contratto al compimento dei venticinque anni e la cui domanda era stata respinta in primo grado.

La Corte richiama le sentenze della Corte di giustizia *Mangold e Küçükdeveci* nella parte in cui hanno statuito il carattere di principio generale del diritto comunitario della non discriminazione in ragione dell'età ed il compito del giudice nazionale, chiamato a dirimere una controversia, di assicurare la tutela che il diritto comunitario attribuisce ai singoli.

<sup>64</sup> Corte di giustizia, sentenza del 19 luglio 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl c. Antonino Bordonaro*, causa C-143/16, ECLI:EU:C:2017:566.



Entra qui in gioco la premessa maggiore, quella che riconosce valore determinante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella ricerca della compatibilità fra il diritto interno e quello dell'Unione: il pregnante riconoscimento dei divieti di discriminazione come espressione di un principio generale di uguaglianza, quale sancito soprattutto dalla seconda decisione con il suo richiamo all'art. 6 TUE e alla Carta di Nizza, dotata dello stesso valore giuridico dei Trattati, fa sì, secondo la Corte, che il principio di uguaglianza viva "di una vita propria" che prescinde dai comportamenti attuativi o omissivi degli Stati membri.

Il rapporto osmotico fra interpretazione conforme e disapplicazione, quando si parla di uguaglianza, appare di grande evidenza nella decisione della Corte d'Appello: la Corte richiama più volte l'obbligo di interpretazione adeguatrice e ne percorre le strade per assicurare un risultato conforme al diritto dell'Unione, risultato, tuttavia, che le appare alla fine impossibile, tanto da indurla ad optare per la disapplicazione della norma interna configgente ritenendo, quindi, costituito fra le parti un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

La sentenza è stata oggetto di ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione sotto diversi profili.

#### 9. *Interpretazione conforme e rinvio pregiudiziale. Verso una rivisitazione della giurisprudenza Cilfit?*

I giudici di legittimità osservano che l'art. 34, che consente i contratti intermittenti a tempo determinato con coloro che non abbiano superato i venticinque anni di età potrebbe porsi in conflitto con il principio di non discriminazione per età che deve essere considerato un principio generale dell'Unione cui la direttiva 2000/78 dà espressione concreta e che è sancito anche dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, nel suo avere lo stesso valore giuridico dei Trattati, diventa ancora una volta il fulcro della decisione di legittimità. Con ordinanza del 29 febbraio 2016, la Corte di legittimità ha, quindi, disposto, ai sensi dell'art. 267 TFUE di chiedere, in via pregiudiziale, alla Corte di giustizia se la normativa nazionale

di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 276 del 2003, secondo cui il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età, sia contraria al principio di non discriminazione in base all'età, di cui alla direttiva 2000/78 e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 21, n. 1).

La vicenda è passata allora nelle mani della Corte di giustizia, che con sentenza della prima sezione del 19 luglio 2017 ha ritenuto che le ragioni di politica del lavoro sottese alla norma incriminata e l'utilizzazione di un mezzo da reputarsi appropriato e necessario, devono ritenersi perseguire una finalità legittima che fa sì che l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali e l'art. 6, par. 1, della direttiva non ostino ad una normativa come quella nazionale che consente un accesso privilegiato a determinati rapporti di lavoro fino al raggiungimento del venticinquesimo anno di età<sup>65</sup>.

In esito alla decisione sul rinvio pregiudiziale, essa è tornata allora dinanzi alla Sezione Lavoro della Corte di Cassazione che, alla luce dell'interpretazione della Corte di giustizia, con la decisione n. 4223 del 2018 ha ritenuto fondato, accogliendolo, il secondo motivo del ricorso proposto dalla società *Abercrombie*, con cui era stato dedotto l'errore della Corte d'appello nel ritenere violato il principio di non discriminazione per età, così come sancito dalla direttiva 2000/78/CE e dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il Collegio esordisce evidenziando che la CGUE ha offerto una risposta univoca ed esaustiva ai quesiti formulati in sede di rinvio, nell'escludere che le norme di fonte UE ostino ad una disposizione nazionale come quella oggetto del procedimento principale che autorizza la conclusione di contratti di lavoro con giovani infra venticinquenni.

La Corte di Cassazione prende atto di tale conclusione e dell'obiettivo principale e specifico della disposizione controversa come indicato dal Governo italiano, in quanto diretto non a consentire ai giovani un accesso al mercato del lavoro su base stabile, bensì unicamente a riconoscere loro una prima possibilità di accesso a detto mercato, onde garantire una prima esperienza che possa successiva-

<sup>65</sup> Corte di giustizia, sentenza del 19 luglio 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl c. Antonino Bordonaro*, causa C-143/16, ECLI:EU:C:2017:566.

mente porli in una situazione di vantaggio concorrenziale sul mercato del lavoro: una fase, quindi, antecedente rispetto al pieno accesso al mercato del lavoro.

La Corte di Cassazione allora, alla luce dell'art. 267 TFUE e dell'obbligo di collaborazione sancito dall'art. 4, co. 3, TUE in base al quale gli Stati membri adottano ogni misura atta a garantire l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione (disposizione, questa, su cui torneremo anche fra poco), nonché dello stesso art. 19 TUE, non può che attenersi a quanto accertato dalla Corte di giustizia, non avendo il potere di darne un'interpretazione diversa, in quanto il giudizio di rinvio non si configura come una sede nella quale sia possibile contestare od impugnare quanto deciso dalla Corte di giustizia.

Nell'esaminare, poi, le censure avanzate dalla difesa del lavoratore, il Collegio esclude la possibilità di ricorrere nuovamente in via pregiudiziale alla Corte di giustizia in ciò differenziandosi in modo significativo da quanto ritenuto più di recente dal Consiglio di Stato. Quest'ultimo, infatti, con ordinanza del 15 luglio 2019, n. 4949, ha posto alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale concernente il se, ai sensi dell'art. 267 TFUE, il giudice nazionale, le cui decisioni non siano impugnabili con un ricorso giurisdizionale, sia tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione, anche nei casi in cui tale questione gli venga proposta da una delle parti del processo in un momento successivo rispetto al primo atto di instaurazione del giudizio o di costituzione del medesimo ovvero dopo che la causa sia stata trattenuta per la prima volta in decisione, anche in seguito ad un precedente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

È interessante notare come le due giurisdizioni nazionali italiane di ultima istanza abbiano diversamente opinato: l'una, escludendo la necessità di un ulteriore rinvio pregiudiziale ogni qualvolta la strada sia già stata descritta e disegnata da un precedente rinvio; l'altra, invece, chiedendo anche su tale profilo un intervento diretto e chiaro sulla questione e, per tale via, inducendo la Corte a pronunciarsi su quanto accaduto all'ordinamento integrato dopo la decisione già adottata dalla Corte in sede di rinvio.

L'input del Consiglio di Stato potrà determinare un "*post Cifit*" diverso? Non un *revirement* in senso tecnico vertendosi in un ambito nel quale i principi nodali sono ormai consolidati, ma, eventualmente, una rivisitazione, una versione nuova, resa attuale dai quesiti formulati dal giudice amministrativo di ultima istanza. Si dovrà attendere per la risposta.

La Corte di Cassazione, dal canto suo, ha ritenuto di escludere un nuovo ricorso alla CGUE per avere quest'ultima esaminato tutti gli aspetti rilevanti in sede sovranazionale della vicenda e ritenuto la disposizione oggetto di censura "appropriata e necessaria". Ma il Collegio ritiene, altresì, di disattendere anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, alla luce dell'art. 3 Cost., sottoposta per difetto di ragionevolezza della previsione di estinzione del rapporto. A prescindere dalla genericità della prospettazione, che si limita a far valere l'irragionevolezza di un trattamento differenziato a cagione delle "condizioni personali" dei giovani, fra le quali rientrerebbe l'età, il Collegio evidenzia ancora una volta come la deroga al principio della parità di trattamento sia giustificata da finalità di natura sociale come previsto direttamente dalla direttiva 2000/78/CE escludendo i dedotti profili discriminatori.

Non vi sono ragioni, afferma il Collegio, per ritenere che la Carta costituzionale offra una tutela antidiscriminatoria più incisiva di quella derivante dalle fonti sovranazionali, soprattutto alla luce delle più recenti evenienze legislative, volte a rafforzare le politiche e gli strumenti di contrasto alla discriminazione sul lavoro, facendone un momento prioritario di regolazione da parte dell'Unione, oltre che oggetto di supervisione mediante l'Agenzia per i diritti fondamentali e i periodici *Report* della Commissione e del Parlamento sul rispetto della Carta dei diritti.

Il Collegio richiama, a questo punto, le più recenti ed accreditate opinioni dottrinali per affermare che, proprio nel settore del contrasto alla discriminazione deve ritenersi verificata una fusione di orizzonti tra il livello interno, sovranazionale ed anche quello convenzionale (attestato dalle moltissime decisioni della Corte Costituzionale che hanno applicato negli ultimi anni l'art. 14 della CEDU), reso più spontaneo ed efficace dal carattere particolarmente intenso delle tutele previste dall'Unione. Pertanto, non vi è alcuna evidenza e

nemmeno plausibilità a favore della tesi per cui il nostro ordinamento possa offrire una diversa soluzione della questione del carattere discriminatorio (anche sotto il profilo della irrazionalità) della disposizione qui in discussione, non solo perché nel settore le politiche dell'Unione sono particolarmente avanzate, ma anche in quanto gli obiettivi sociali menzionati dalla Corte di giustizia sono comuni al nostro ordinamento costituzionale.

Questo, a parere di chi scrive, lo straordinario punto di sutura della sentenza in esame, quello che consente davvero di far apparire un bagliore nella nebbia dei rapporti interordinamentali innegabilmente creatasi a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 269 del 14 dicembre 2018.

La Corte di Cassazione in sede di rinvio si è trovata in una situazione privilegiata perché non ha dovuto confrontarsi con uno qualsiasi dei valori espressi dalla Carta, ma si è fortunatamente imbattuta in quel principio di uguaglianza e non discriminazione che assume un ruolo del tutto particolare in ambito interno ma, soprattutto, in ambito comunitario in quanto concetto *mainstreaming*, del diritto dell'Unione. In un sistema in cui il contenuto dell'art. 2 TUE rimane "sostanzialmente vago", il principio generale di uguaglianza appare sempre più significativamente *uno dei principi ordinatori della Comunità*.

## 10. *Brevi considerazioni finali*

Nel momento in cui si iniziano ad immaginare probabili futuri scenari e perfino un ridimensionamento della portata dell'obbligo sancito dalla giurisprudenza *Cilfit* da parte della Corte di giustizia, la Corte EDU<sup>66</sup> interviene a rammentare la centralità del rinvio pregiudiziale, con una giurisprudenza, per la verità, non nuova, ma incentrata sul principio secondo cui il *preliminary ruling* resta lo strumento fondamentale e imprescindibile ogni qualvolta l'interprete si trovi nella difficilissima condizione di "conciliare l'inconciliabile", secondo la già citata espressione dell'Avvocato generale *Pojares Maduro*.

<sup>66</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 febbraio 2020, ricorso n. 25137/16, *Sanofi Pasteur c. Francia*.

Nel caso *Sanofi c. Francia*, del 28 aprile 2016<sup>67</sup>, la società ha prospettato alla Corte europea dei diritti dell'uomo la violazione dell'art. 6, co. 1, nonché quella dell'art. 1, Prot. 1. I profili di doglianza sono tre, riguardando il primo la sostanziale imprescrittibilità dell'azione derivante dalla normativa che fissava il termine iniziale della prescrizione alla definitiva stabilizzazione delle conseguenze dannose, in caso di malattie ad evoluzione costante; il secondo, la carenza di motivazione sul rifiuto di rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo; il terzo, la ritenuta ingiustizia della duplice presunzione posta a fondamento del ritenuto nesso di causalità tra la vaccinazione subita dalla interessata per l'epatite B mediante vaccino prodotto dalla Sanofi, le malattie dell'attrice ed il vizio del vaccino. Con riferimento al secondo profilo, che qui segnatamente desta interesse, la Corte ha richiamato diversi suoi precedenti (muovendo da *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgio*, ricorsi nn. 3989/07 e 38353/07, 20/09/2011, par. 56) fondati sui principi dettati dalla Corte di giustizia quali presupposti per il rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza; in particolare, come noto, escludendo la sussistenza dell'obbligo nelle sole ipotesi di questione irrilevante o già espressamente decisa o comunque di chiarezza tale da non lasciare spazio ad alcun dubbio ragionevole. La Corte EDU, nel consueto *ball game* con la Corte di giustizia diventato centrale per i rapporti fra le Corti, chiarisce che, pur non attribuendo la Convenzione europea sui diritti dell'uomo un diritto alla rimessione, lo stesso deve reputarsi però centrale e richiedere, per il suo rifiuto, un'adeguata motivazione<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sanofi Pasteur*, cit.

<sup>68</sup> Sulla centralità dell'obbligo di motivazione in esame, v. A. DI STASI, *Equo processo ed obbligo di motivazione del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 3, pp. 1-21 e bibliografia ivi richiamata. Sul punto, D. GALLO, *Challenging EU constitutional law: The Italian Constitutional Court's new stance on direct effect and the preliminary reference procedure*, in *European Law Journal*, 2019, n. 25, pp. 434-456. Per una ricostruzione sistematica del procedimento pregiudiziale anche in ordine alle prospettive future, M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2014; nella amplissima letteratura, in generale, si vedano anche, L. FERRARI BRAVO, *Art. 177*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TABUCCHI, (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, Mi-

I giudici di Strasburgo ribadiscono<sup>69</sup> che non è contraria alla Convenzione una motivazione sommaria, soprattutto dinanzi ad una decisione in mero rito<sup>70</sup>; ed è pure possibile, ad evitare la violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione, che la motivazione sul diniego di rimessione a Lussemburgo si ricavi dal resto delle argomentazioni della sentenza<sup>71</sup> o dai motivi anche solo per implicito rigetto della domanda<sup>72</sup>.

Nondimeno, nel caso esaminato, nonostante la formulazione con idonea precisazione delle istanze di rimessione, la Corte di Cassazione francese ha ritenuto di omettere qualsivoglia riferimento ad almeno uno dei tre criteri elaborati dal giudice di Lussemburgo per

lano, 1965, p. 1310 ss.; M. LAGRANGE, *L'action préjudicielle dans le droit interne des Etats membres et en droit communautaire*, in *Revue trimestrelle de droit européenne*, 1974, n. 10, pp. 268-297; R. MASTROIANNI, *Pregiudiziale comunitaria*, in AA.VV., *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, 2010, p. 399 ss.; A. BARAV, *Etudes sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2011; C. NAOMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, 2010; G. VANDERSANDEN, *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, 2013; L. DANIELE, *Art. 267 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'unione Europea. Commentario*, Milano, 2014; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia: oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012; E. NEFRAMI (sous la direction de) *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, 2015; D. GALLO, *Il contributo del procedimento pregiudiziale alla teoria e pratica dell'effetto diretto e la comunitarizzazione dei rapporti fra ordinamenti*, in ID., *L'Efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea negli ordinamenti nazionali, evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018.

<sup>69</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'8 aprile 2009, ricorso n. 17120/09, *Dhabbi c. Italia*, par. 31; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 luglio 2015, ricorso n. 38369/09, *Schipani e altri c. Italia*, par. 42; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 aprile 2019, ricorso n. 55092/16, *Baltic Master LTD. c. Lituania*, par. 41-43.

<sup>70</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 maggio 2017, ricorsi nn. 29382/16 e 489/17, *Astikos Kai Paratheristikos Oikodomikos Synetairismos Axiomatikon e altro c. Grecia*, par. 47.

<sup>71</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 novembre 2013, ricorso n. 6459/07, *Krikorian c. Francia*, par. 97-99; sentenza dell'11 aprile 2019, ricorso n. 50053/16, *Harisch c. Germania*, par. 37-42; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 aprile 2019, ricorso n. 57551/17, *Ogieriakhi c. Irlanda*, par. 62.

<sup>72</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 aprile 2019, ricorso n. 70750/14, *Repcevirág Szövetkezet c. Ungheria*, par. 57-58.

addivenire alla decisione di non procedere alla rimessione. Essa ha, quindi, respinto nel merito il ricorso, peraltro mediante motivazioni tali da non consentire di ricavare l'estensione delle relative ragioni al rifiuto di rimessione. Il rilievo del mancato rinvio pregiudiziale e della sostanziale assenza di motivazione sul punto è stato reputato vieppiù rilevante dalla Corte per la delicatezza della questione, debitamente formulata, dell'applicabilità, almeno quale regola ermeneutica, dei principi della direttiva sulla responsabilità da prodotti difettosi.

Permane, chiarissima, la necessità di continuo scambio, l'urgenza di un'approfondita conoscenza delle interpretazioni offerte dalla Corte di giustizia nel suo ruolo di interprete privilegiato del diritto dell'Unione.

Tornando alla premessa maggiore, quella che impone di scandagliare tutti gli atti legislativi interni alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, non possiamo non ricordare che con il Trattato di Lisbona il nostro ruolo di interpreti si è in qualche modo "alleggerito" e la questione dell'applicazione della Carta è diventata, per così dire, meno "drammatica" anche se oggi torna ad essere complicata dall'intervento della sentenza n. 269. La vicenda dello statuto giuridico e dell'efficacia della Carta infatti, si è inevitabilmente spostata dal terreno dell'interpretazione, entro il quale era stata gestita nei nove anni di "efficacia anticipata", a quello delle fonti. La Carta ormai, assumendo il rango di diritto primario dell'Unione, è una fonte di diritto comunitario primario, che crea obblighi per l'Unione stessa e per le istituzioni degli Stati, le quali, «secondo le rispettive competenze, ne rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione» come recita la disposizione finale di cui all'art. 51<sup>73</sup>.

Viene allora in gioco la cruciale prima parte dell'art. 51, secondo cui le disposizioni della Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione stessa.

<sup>73</sup> Fra i numerosi contributi in argomento ed in particolare sulla giurisprudenza della Corte di giustizia antecedente e susseguente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, A. DI STASI, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'Unione europea: ancora a proposito dell'interpretazione dell'art. 51, paragrafo 1*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, n. 3, pp. 445-464.



Si osserva comunemente che, sebbene l'art. 6 TUE abbia reso la Carta diritto primario, attribuendole il medesimo valore dei Trattati, la sua rilevanza resta condizionata dall'art. 51, co. 1, della stessa Carta, che ne postula un'efficacia solo verticale, limitata comunque «all'attuazione del diritto dell'Unione». Conseguentemente, ogni qualvolta non vi sia un collegamento diretto con la disciplina interna e, cioè, quest'ultima non sia espressione della concreta attuazione del diritto europeo, si esulerebbe dal raggio di azione e, quindi, dall'operatività diretta ed immediata della Carta.

Nel tempo, tuttavia, grazie soprattutto all'interpretazione "estensiva" offerta dalla Corte di giustizia (mi riferisco in particolare alla giurisprudenza inaugurata con la *Åckeberg Fransson* in tema di *ne bis in idem*), a fronte di tale restrittivo orientamento, che ipotizza "l'applicazione" solo in caso di attuazione diretta e necessitata del diritto europeo, è andata affermandosi una più elastica impostazione, che ha recepito invece un concetto più generico ed ampio di "attuazione" e ha ritenuto sufficiente che la fattispecie esaminata cada per qualche suo aspetto nel "cono d'ombra", come si suol dire, del diritto dell'Unione, e, cioè, presenti un collegamento tangibile con quel sistema, anche se indiretto. Anche in tale ipotesi, quindi, il diritto interno può essere considerato "applicativo" di quello sovranazionale e può essere esaminato alla luce dei diritti della Carta, sebbene non appaia immediatamente attuativo di esso. Come osserva la Corte di giustizia nella sentenza *Pfeiffer*, «il principio dell'interpretazione conforme esige quindi che il giudice del rinvio faccia tutto ciò che rientra nella sua competenza, prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale, per garantire la piena efficacia della direttiva»<sup>74</sup>.

Il ruolo della Corte di giustizia non è stato allora certamente posto in discussione con l'ingresso della Carta ed il conferimento alla stessa del rango di diritto primario, poiché il processo di "costituzionalizzazione dell'Unione" pur nella versione meno ambiziosa definita a Lisbona, lungi dal ridurne la portata, è destinato in vario modo ad esaltare il ruolo del giudice comunitario.

Utilizzando la giurisprudenza *Dansk Industri* sappiamo che il percorso è diventato contrario rispetto a quello di *Simmenthal*. Prima si

<sup>74</sup> Corte di giustizia, *Bernhard Pfeiffer*, cit., punto 118.

partiva dalla verifica dell'esistenza di disposizioni dotate di effetto diretto e poi soltanto in via residuale si optava per l'interpretazione conforme. Ora il percorso è inverso.

Allora, forse, può ipotizzarsi una nuova strada per comporre il sistema. È chiaro che il problema resta e non potrà, allo stato, risolverlo il giudice ordinario dietro il monito della Corte Costituzionale. Non-dimeno, le ipotesi di contrasto tendono davvero, soprattutto nell'ottica della Carta, a diventare residuali soprattutto se si guarda all'art. 53 ed al principio di miglior favore da esso introdotto, talché, il nodo dei rapporti fra gli ordinamenti nella tutela dei diritti fondamentali, diventa molto meno "gordiano" di quel che potesse sembrare all'inizio.

*Abstract*FRA INTERPRETAZIONE E DIALOGO.  
IL RUOLO DEL GIUDICE NAZIONALE

L'Autrice mira ad affrontare i rapporti fra Corte di giustizia e giudice nazionale alla luce della dicotomia omogeneità europea-identità nazionali. L'esame della giurisprudenza del giudice sovranazionale viene condotta alla luce del recente dibattito sulla doppia pregiudizialità e della centralità dell'individuo già a partire dalla sentenza *Van Gend en Loos*. Le aporie del sistema, nella relazione fra primato e disapplicazione, vengono ricondotte ad unità mediante ricorso all'interpretazione conforme. La parte finale si sofferma sul futuro dell'obbligo di rinvio pregiudiziale nella prospettiva di una rimediazione della giurisprudenza *Cilfit*.

BETWEEN INTERPRETATION AND DIALOGUE.  
THE ROLE OF THE NATIONAL JUDGE

The Author addresses the relationship between the Court of Justice and the national courts in the light of the European dichotomy homogeneity - national identities. The survey of the supranational court jurisprudence is carried on in the light of the recent debate and the core importance of the person, starting from the *Van Gend en Loos* judgment. The aporias of the system, in the relationship between primacy and disapplication, are traced back to units by resorting to consistent interpretation. At last, the essay focuses on the future of the preliminary rulings in view of a new evaluation of the *Cilfit* jurisprudence.

# LIBERTÀ DI INFORMAZIONE E DEMOCRAZIA. APPROCCIO MULTILEVEL E QUESTIONI ATTUALI

*Armando Lamberti\**

SOMMARIO: 1. Libertà di informazione, democrazia e rappresentanza. – 2. Libertà di informazione: una tutela “*multilevel*”. Il contesto attuale – 3. Tutela dei diritti in Internet: problemi e questioni attuali. – 4. È possibile un (nuovo) modello di regolamentazione *multilevel*? – 4.1. (segue) Riconoscimento formale di nuovi diritti. – 4.2. (segue) La dimensione globale. – 4.3. (segue) Garanzie e controlli. – 5. Conclusioni.

## 1. *Libertà di informazione, democrazia e rappresentanza*

Il rapporto oggetto dell’analisi rientra tra i temi classici della dottrina giuspubblicistica che lega libertà di informazione, democrazia e rappresentanza. Ciò nondimeno, è di tutta evidenza l’importanza di una rinnovata riflessione sugli intrecci e sugli innesti che legano questi temi, soprattutto alla luce della tutela multilivello dei diritti fondamentali e, aspetto di non minore importanza, alla luce di questioni di stretta attualità, a partire dall’impetuoso sviluppo tecnologico e dei nuovi media. Tema, quest’ultimo, che involge questioni di non poco rilievo sulle quali il giurista – da attento osservatore della realtà sociale prima ancora che operatore tecnico-pratico – non può non interrogarsi.

Non può omettersi, in primo luogo, una riflessione solo apparentemente tautologica: per comprendere cosa debba intendersi per “libertà di informazione” nel quadro costituzionale occorre preliminarmente soffermarci sul tema dei diritti fondamentali, tra i quali la “libertà di informazione” evidentemente si colloca. Se già Aristotele aveva osservato che la condizione democratica «può prosperare unicamente in un contesto sociale ispirato alla libertà»<sup>1</sup>, è opinione gene-

\* Professore ordinario di Diritto Costituzionale – Università degli Studi di Salerno.

<sup>1</sup> Così P.E. ROZO SORDINI, *La libertà di espressione nell’era digitale: disciplina internazionale e problematiche*, working paper ISPI n. 52/2013, p. 2, a proposito di ARISTOTELE, *Politica*.

ralmente condivisa che la tenuta democratica di un sistema dipenda dall'effettivo livello di garanzia e fruizione dei diritti riconosciuti alla persona umana.

Tra questi diritti, la libertà riconosciuta a tutti di manifestare il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione viene tradizionalmente qualificata come la “pietra angolare” del sistema democratico. In questi termini si pronunciò, d'altronde, la stessa Corte Costituzionale nella storica sentenza n. 84 del 1969. La libertà di manifestazione del pensiero, allora, costituisce “una di quelle condizioni che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico e sociale” (Corte Cost., sentenza 9/1965), in quanto «diritto coesistente al regime di libertà garantito dalla Costituzione» (Corte Cost., sentenza 11/1968). Tuttavia, l'esercizio di tale libertà richiede la sussistenza di pre-condizioni essenziali che possono derivare unicamente dal riconoscimento dell'informazione, la cui «distribuzione si colloca all'interno del concetto di “Trasparenza della Gestione Pubblica”»<sup>2</sup> che, per la sua realizzazione, richiede non solo la messa a disposizione delle informazioni a vantaggio dei cittadini, ma anche la concreta predisposizione di strumenti atti a garantire l'effettiva circolazione e il libero accesso da parte degli utenti al vasto sistema informativo<sup>3</sup>.

Questa asserzione accompagna e segna lo sviluppo del costituzionalismo moderno dallo Stato liberale allo Stato di democrazia pluralista del Secondo Dopoguerra: dal riconoscimento in termini “negativi” della libertà di espressione (si pensi all'articolo 11 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, al Primo Emendamento della Costituzione Americana ed all'articolo 28 dello Statuto Albertino) – che affonda le proprie radici nel pensiero illuminista settecentesco e nel Seicento inglese, sin dall'*Areopagitica* di John Milton (1644) – si perviene alle formulazioni “positive” delle norme costituzionali del Secondo Dopoguerra, sullo sfondo dell'idea di una democrazia compiuta intesa come “governo del potere pubblico in pubblico” (Bobbio) e del principio di eguaglianza sostanziale (che,

<sup>2</sup> *Ibidem.*

<sup>3</sup> *Ibidem.*

com'è noto, trova il suo pieno riconoscimento nel secondo comma dell'art. 3 della nostra Costituzione).

Per di più, mentre l'articolo 28 dello Statuto Albertino enunciava il riconoscimento e la tutela della libertà di stampa, riferendosi – dunque – ad un mezzo specifico di manifestazione del pensiero, l'articolo 21 della vigente Costituzione spicca per la sua formulazione “aperta”, estendendo la tutela ad “ogni altro mezzo di diffusione”. Una “clausola aperta”, quindi, che rappresenta un “pregio indiscutibile”<sup>4</sup> della norma costituzionale in oggetto, la cui flessibilità ha consentito alla Corte Costituzionale di individuare via via nuove fattispecie di tutela.

Corollario della libertà di manifestazione del pensiero è la libertà di informazione (come la Consulta ha avuto modo di enunciare più volte, già a partire dalla sentenza 105/1972), rispetto alla quale, pertanto, si può a ragione asserire che costituisca uno dei principali cardini per la tenuta democratica di un Paese, o, se si preferisce, la condizione essenziale per l'attuazione dell'essenza propria dello Stato democratico.

Come ha riconosciuto l'ormai consolidata giurisprudenza costituzionale in materia, non si può non cogliere la «coessenzialità (...) tra la libertà di espressione usata a fini informativi e la forma di Stato democratico»<sup>5</sup>. Quest'ultima annotazione risulta decisamente importante, in particolare alla luce di un dato attuale: la cosiddetta “società dell'informazione” si trova ormai di fronte all'utilizzo di uno strumento – Internet – che, nella sua vastità, apertura, decentralizzazione e diffusione, difetta – allo stato – di una compiuta e lineare regolamentazione.

Ora, proprio per garantire quella “coessenzialità” di cui *supra*, potrebbe non risultare più bastevole la clausola aperta dell'articolo 21 della Costituzione. D'altronde, è questa una constatazione evidente anche a livello internazionale: a titolo puramente esemplificativo, sebbene l'art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo costituisca il punto di riferimento generale in materia, nondimeno detta disposizione, in quanto concepita prima della progressiva diffusione di internet, difetta di riferimenti che tengano conto delle specia-

<sup>4</sup> Così E. CHELI, *La libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, Roma, 2007, p. 7.

<sup>5</sup> *Ivi*, p. 4.

li caratteristiche di tale mezzo di comunicazione di massa. Allo stesso tempo, la possibilità per qualsiasi utente di dare origine a piattaforme di comunicazione (pagine web e blog) genera un tumultuoso flusso di notizie dove qualsiasi individuo può diventare fonte di informazione, generando il relativo problema dell'accertamento della veridicità dei dati. Una problematica, questa, sulla quale si tornerà compiutamente più avanti.

Dunque, può dirsi che «l'essere informati rappresenta una premessa indispensabile del buon funzionamento di un regime liberal-democratico», con l'ulteriore asserzione che «senza l'esistenza di un diritto di ricevere informazioni non potrebbe neppure fondarsi ed esistere una democrazia del tipo in cui si colloca l'Italia, perché il voto non sarebbe libero, il controllo sugli organi di Governo diventerebbe impraticabile, la vita politica stessa risulterebbe svuotata dai suoi contesti essenziali»<sup>6</sup>. Non può neppure immaginarsi, del resto, una democrazia senza l'agorà, una democrazia senza il *government by discussion*<sup>7</sup>.

Oltre siffatta premessa, la libertà d'informazione ben si coniuga con il concetto di rappresentanza democratica, strettamente connesso all'esigenza di garantire l'effettività dei processi inclusivi stimolanti il delinearsi di un progressivo dialogo tra i cittadini e le istituzioni<sup>8</sup>. In precedenza, si è avuto modo di evidenziare che in assenza di un'effettiva libertà di manifestazione del pensiero, non potrebbe neppure fondarsi ed esistere la democrazia moderna. Ciò diviene tanto più manifesto quanto più si pensi alle libertà di associarsi e di riunirsi o di professare una fede religiosa.

<sup>6</sup> G. GARDINI, *Le regole dell'informazione: l'era della post-verità*, IV ed., Torino, 2017, p. 46.

<sup>7</sup> A testimonianza di ciò, si consideri la recente decisione del Governo di rinviare la data del referendum confermativo sulla riduzione del numero dei deputati e dei senatori, a causa dell'inasprirsi dell'epidemia di Coronavirus Covid-19. È chiaro, infatti, che la difficoltà, se non l'impossibilità, di organizzare incontri e discussioni, riunioni e manifestazioni, impedisce il formarsi di una opinione pubblica cosciente e matura sui temi referendari: in altre parole, viene di fatto a mancare quel circuito virtuoso tra libertà di manifestazione del pensiero, libertà di informazione ed esercizio dei diritti politici, essenziale alla forma di Stato democratico.

<sup>8</sup> Si rimanda a M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs partecipazione: l'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012, p. 107.

E, allora, ben potremmo asserire che – accanto a quella “coesenzialità” tra forma di Stato democratico e libertà di manifestazione del pensiero, nella *species* della libertà di informazione – si configuri un’analoga situazione di “coessenzialità” tra la libertà di informazione medesima ed il godimento di altri diritti fondamentali. Ed è, a questo punto, proprio alla luce di questa “coessenzialità” che si giustificano i c.d. limiti impliciti all’esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e della libertà di informazione. Se, poi, consideriamo che “il concetto di limite è insito nel concetto di diritto” (Corte Cost., sentenza 1/1956<sup>9</sup>), allora l’affermazione precedente può esser letta sotto una luce più chiara. Molti, del resto, potrebbero esserne gli esempi, dalla

<sup>9</sup> È significativo, peraltro, che la prima sentenza della Corte Costituzionale tocchi, tra le altre cose, proprio il tema dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero e, di conseguenza, il rapporto tra la libertà in parola e la democrazia. La questione di legittimità costituzionale, com’è noto, investiva *in primis* l’articolo 113 quinto comma del T.u.l.p.s («Salvo quanto è disposto per la stampa periodica e per la materia ecclesiastica, è vietato, senza licenza dell’autorità locale di pubblica sicurezza, distribuire o mettere in circolazione, in luogo pubblico o aperto al pubblico scritti o disegni. 2) È altresì vietato, senza la predetta licenza, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, affiggere scritti o disegni, o fare uso di mezzi luminosi o acustici per comunicazione al pubblico, o comunque collocare iscrizioni anche se lapidarie. 3) I predetti divieti non si applicano agli scritti o disegni delle autorità e delle pubbliche amministrazioni, a quelli relativi a materie elettorali, durante il periodo elettorale, e a quelli relativi a vendite o locazioni di fondi rustici o urbani o a vendite all’incanto. 4) La licenza è necessaria anche per affiggere giornali, ovvero estratti o sommari di essi. 5) Le affissioni non possono farsi fuori dei luoghi destinati dall’autorità competente. 6) La concessione della licenza prevista da questo articolo non è subordinata alle condizioni stabilite dall’art. 11, salva sempre la facoltà dell’autorità locale di pubblica sicurezza di negarla alle persone che ritenga capaci di abusarne. Essa non può essere data alle persone sfornite di carta di identità. 7) Gli avvisi, i manifesti, i giornali e gli estratti o sommari di essi, affissi senza licenza, sono tolti a cura dell’autorità di pubblica sicurezza»). La Corte dichiarò l’illegittimità costituzionale della predetta disposizione, ad eccezione del quinto comma, affermando che, «col prescrivere l’autorizzazione», il legislatore «sembra far dipendere quasi da una concessione dell’autorità di pubblica sicurezza il diritto, che l’art. 21 della Costituzione conferisce a tutti, attribuendo alla detta autorità poteri discrezionali illimitati, tali cioè che, indipendentemente dal fine specifico di tutela di tranquillità e di prevenzione di reati, il concedere o il negare l’autorizzazione può significare praticamente consentire o impedire caso per caso la manifestazione del pensiero». In questo storico caso, quindi, la limitazione alla libertà di manifestazione del pensiero risultava irragionevole e sproporzionata, lesiva dell’articolo 21 della Costituzione.



tutela del diritto all'onore ed alla reputazione (Corte Cost., sentenza 86/1974) all'esigenza di protezione del diritto all'identità personale (Corte Cost., sentenza 13/1994), passando per la tutela della riservatezza (il celebre *right to be let alone* della tradizione anglosassone): la giurisprudenza costituzionale ne è ricchissima, grazie all'uso sapiente della tecnica del bilanciamento dei diritti (il ben noto *Balancing Test* o *Abwägung*). Tecnica – quella del bilanciamento – che induce, peraltro, l'osservatore ad interrogarsi criticamente sui fenomeni della più stretta attualità. Pensiamo, sempre a titolo esemplificativo, al delicato rapporto tra libertà di espressione, libertà di informazione e diritto alla tutela della salute: quanto può essere inficiato quest'ultimo (e, in connessione, il fondamentale interesse generale alla protezione della salute pubblica) dalla sistematica diffusione, attraverso i social network, di certe affermazioni (talora legate a campagne antiscientifiche<sup>10</sup>), rispetto alle quali si fatica a comprendere il confine tra notizie e mere opinioni, se non il confine stesso tra il vero e il falso, il verosimile e l'improbabile? Quanto può essere vulnerabile la tutela del diritto alla salute, specie allorché si verificano epidemie, di fronte alle "infodemie", cioè innanzi alla smisurata, ipertrofica, diffusione di informazioni? E pensiamo, inoltre, all'altrettanto delicato rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di iniziativa economica privata, sullo sfondo dell'interesse pubblico alla libera concorrenza: per esempio, il cosiddetto *insider trading*, legato all'abuso di

<sup>10</sup> Si può menzionare, ad esempio, la polemica legata alla campagna c.d. "No Vax". «Una delle fake news più conosciute, al riguardo, è quella secondo cui sussisterebbe una correlazione scientificamente provata tra i vaccini, ed in particolare il vaccino trivalente morbillo, parotite e rosolia (M.P.R.), ed autismo. È noto quale sia l'origine di tale credenza, essendo riconducibile ad un articolo pubblicato dall'ex medico britannico Andrew Wakefield e i suoi collaboratori sulla prestigiosa Rivista medica The Lancet. Ed è parimenti noto che successivamente alla pubblicazione fu dimostrato il carattere fraudolento dello studio in questione, tanto che la stessa Rivista ritrattò ufficialmente l'articolo e Wakefield fu radiato dall'ordine dei medici inglese. Nonostante ciò, la notizia ha continuato ininterrottamente a circolare e, per quanto concerne l'Italia, ha avuto un notevole rilievo nel corso del 2017, al momento del rinfocolarsi delle polemiche circa il rafforzamento degli obblighi vaccinali nel c.d. decreto Lorenzin» (R. PERRONE, *Fake news e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 2018, n. 2, p. 4).

asimmetrie informative (il d. lgs. 58/98 disciplina, per l'appunto, il reato di "abuso di informazioni privilegiate") risulta offrire molteplici spunti di riflessione. O, ancora, in correlazione, si consideri la configurazione del reato di aggio (art. 501 c.p.), ovvero il ribasso o il rialzo fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio, in conseguenza della pubblicazione o della divulgazione di notizie false, esagerate o tendenziose: qui, a venire in rilievo, non è soltanto il rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di iniziativa economica privata (la quale verrebbe oltremodo turbata da un esercizio fraudolento della prima), quanto, in special modo, il legame con l'interesse pubblico al regolare esercizio del credito ed alla tutela del risparmio<sup>11</sup>.

Tornando alla più generale discussione oggetto di questa introduzione, la libertà di manifestazione del pensiero è insita nel pluralismo ideologico che caratterizza l'essenza stessa di ogni democrazia. E, allora, «la libertà di manifestare il proprio pensiero o di fornire informazioni, con il suo corrispettivo di ricevere la manifestazione e le informazioni altrui, si inverte anche attraverso il principio del pluralismo informativo che, posto a fondamento di un servizio pubblico di interesse generale» deve «garantire obiettività, imparzialità e completezza»<sup>12</sup>.

Inoltre, per garantire il pluralismo dell'informazione<sup>13</sup>, diventa

<sup>11</sup> Cfr. Corte Cost., sentenza 73/1983, ove si legge – *inter alia* – che «L'oggetto della tutela penale non consiste (...) nella mera reputazione delle singole aziende, considerata come un bene individuale ed esclusivo di esse, ma si sostanzia nell'interesse pubblico al normale e regolare esercizio del credito e quindi concerne quell'interesse espressamente indicato e tutelato dall'art. 47 della Costituzione».

<sup>12</sup> Così B. CARAVITA DI TORITTO, *Libertà dei mezzi di informazione, innovazione tecnologica, effetti sulla democrazia*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 2015, n. 2, p. 6.

<sup>13</sup> Il pluralismo dell'informazione deve essere garantito anche nell'ambito del servizio pubblico radiotelevisivo. D'altronde, storicamente, proprio per garantire l'effettività del pluralismo era stato giustificato il regime di monopolio della RAI, ritenendosi che, date le condizioni disagevoli del mercato di qualche decennio fa, fosse inevitabile che, qualora vi fosse stato un regime di libera concorrenza, si creassero oligopoli o monopoli privati col rischio di inficiare il pluralismo delle opinioni. Queste esigenze permangono anche oggi, pur essendosi da tempo affermato un regime di mercato concorrenziale (sia pur decisamente imperfetto e non ancora scevro da gravi difetti), e proprio il servizio pubblico ne deve essere alfiere. Per questo motivo, accogliamo con favore il deciso intervento dell'AGCOM, che per la prima

pressoché necessario tutelare il carattere aperto e concorrenziale dei mercati, impedendo la formazione di assetti monopolistici e perciò in possesso di diritti di esclusiva. Pertanto, non può omettersi il fondamentale richiamo all'articolo 41 della Carta Costituzionale: la libera iniziativa economica dei privati non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale né può esplicarsi arrecando danno alla sicurezza, alla dignità ed alla libertà umana.

È chiaro, dunque, come la tutela di un diritto fondamentale quale la libertà di informazione si configuri pienamente come un "limite" alla libertà di iniziativa economica. Per di più, non si obliteri che, ai fini di una piena effettività della stessa libertà di cui all'articolo 41, ampia giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto da tempo, evidentemente sulla scia del legislatore comunitario e della giurisprudenza della stessa CGUE (prima CGCE), la rilevanza costituzionale della libertà di concorrenza, che «integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e(d) [...] è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti»<sup>14</sup>.

Tema, quindi, di non poca rilevanza, specie ove si consideri che i "prodotti" in questione attengono alla diffusione di notizie ed alla manifestazione di opinioni ed idee in grado di orientare l'opinione pubblica. È evidente, pertanto, che tra pluralismo dell'informazione e carattere aperto e concorrenziale dei mercati vi è un'interconnessione ovvero un rapporto di interdipendenza.

Questione, questa, che diventa di centrale importanza in conseguenza della diffusione della comunicazione a mezzo internet, caratterizzata dalla crescita esponenziale dei dati irradiantisi nel tessuto sociale.

volta ha multato la RAI, a causa delle frequenti violazioni della "par condicio" e dei principi di "indipendenza, imparzialità e pluralismo". Queste violazioni si sono manifestate tanto in occasione dei telegiornali (sovente caratterizzati da "editoriali a tesi" e da indebite sproporzioni dei tempi delle dichiarazioni riservate ad esponenti politici rispetto all'effettiva consistenza dei rispettivi gruppi parlamentari) quanto in occasione di programmi di informazione e di intrattenimento. Per ulteriori approfondimenti, si rimanda alla lettura della Delibera AGCOM 69-20 CONS.

<sup>14</sup> Vedasi Corte costituzionale, sentenza 223/1982.

Ma, come detto, su siffatte problematiche si tornerà in seguito. Ora, invece, è opportuno approfondire la disciplina internazionale e sovranazionale in tema di libertà di informazione.

## 2. *Libertà di informazione: una tutela “multilevel”. Il contesto attuale*

La libertà di informazione, nel suo duplice profilo attivo e passivo, è oggetto – quale diritto fondamentale – di una consolidata tutela multilivello di natura non più soltanto formalmente, ma anche sostanzialmente costituzionale: una tutela sì certamente “a cerchi concentrici” (ordinamento interno, ordinamento comunitario, ordinamento della CEDU, ordinamento internazionale), ma che non svuota o supera il testo costituzionale, anzi che lo arricchisce e completa, collocando la Costituzione al centro di ogni altro (concorrente) ordinamento quale fonte condizionante di ogni virtuosa integrazione<sup>15</sup>. Non si può quindi mai prescindere dalla priorità logica e positiva della legalità costituzionale rispetto agli altri ordinamenti<sup>16</sup>.

Per quanto concerne l’ordinamento internazionale, la prima affermazione del diritto all’informazione si rinviene nell’articolo 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, storica risoluzione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite adottata il 10 dicembre

<sup>15</sup> Le dottrine del costituzionalismo multilivello e del relativo concetto di *Europäischer Verfassungsverbund* si inquadrano nelle diverse letture della *post-national constellation* di JÜRGEN HABERMAS (cfr. *Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie*, in ID., *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt/Main 1998, pp. 91 ss.), e fanno riferimento inevitabilmente alla riflessione teorica di INGOLF PERNICE (cfr. *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitutionmaking revisited*, in *Common Market Law Review* 1999, pp. 703 ss.; ID., *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review* 2002, pp. 511 ss.; I. PERNICE, F. MAYER, *La Costituzione integrata dell’Europa*, in AA. VV., *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY, Roma-Bari, 2003, pp. 43 ss.; I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, in *Columbia Journal of European Law*, 2009, pp. 349 ss.; ID., *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *EuConst*, 2015, n. 3, pp. 541-563).

<sup>16</sup> Mi si permetterà di riprendere alcune riflessioni già in passato formulate, rinviando ad A. LAMBERTI, *Libertà di informazione e democrazia. Profili di tutela multilivello*, cap. III, Salerno, 2016.

1948, secondo cui «Ogni individuo ha il diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere». Nella sua formulazione di origine: «Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers».

Indubbio merito di questa disposizione, *inter alia*, è quello di individuare quelli che anche in seguito rappresenteranno gli elementi essenziali della libertà di informazione: l'aspetto passivo della ricezione delle informazioni, quello attivo della diffusione delle stesse, e l'aspetto dinamico della ricerca delle informazioni. Questi principi permeano un'estesa disciplina internazionale, dalla *Declaration of Guiding Principles on the Use of Satellite Broadcasting for the Free Flow of Information, the Spread of Education and Greater Cultural Exchange* (approvata dalla Conferenza Generale dell'Unesco il 15 novembre 1972) alla *Declaration on Fundamental Principles concerning the Contribution of the Mass Media to Strengthening Peace and International Understanding, to the Promotion of Human Rights and to Countering Racism, apartheid and incitement to war* del 1978, nota più comunemente come *The Media Declaration*, che rappresenta una pregnante specificazione di quanto enunciato in via generale dalla Dichiarazione Universale. Tuttavia, questi documenti, sia pur di notevole importanza, restano nell'alveo del *soft law*, privi della vincolatività e della cogenza giuridica riconosciuta negli ordinamenti interni di ispirazione democratica.

Ad avere, invece, effetti giuridici vincolanti è l'*International Covenant on Civil and Political Rights*, convenzione internazionale multilaterale entrata in vigore il 23 marzo 1976<sup>17</sup>. Occorre, in proposito, osservare come la formulazione dell'articolo 19 della Dichiarazione Universale sia stata sostanzialmente ripresa ed ampliata nel Patto. Difatti, nell'articolo 19 par. 2 del Patto si ribadisce che «ogni individuo ha il diritto alla libertà di espressione; tale diritto comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni

<sup>17</sup> L'ordinamento italiano ha dato piena esecuzione al Patto con la legge n. 881 del 25 ottobre 1977.

genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo di sua scelta»<sup>18</sup>.

In tale articolo, si configura in modo differenziato la libertà di opinione – di cui al primo paragrafo – rispetto alla libertà di espressione: se la prima, per il suo carattere personale, deve potersi esercitare senza alcun tipo di interferenza, la seconda, dalla più manifesta e spiccata funzione sociale, incontra (come evidenzia il terzo paragrafo del medesimo articolo) alcune limitazioni: «L'esercizio delle libertà previste al paragrafo 2 del presente articolo comporta doveri e responsabilità speciali. Esso può essere pertanto sottoposto a talune restrizioni che però devono essere espressamente stabilite dalla legge ed essere necessarie: a) al rispetto dei diritti o della reputazione altrui; b) alla salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della morale pubbliche»<sup>19</sup>.

Il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, nel Commento generale n. 34, si è espresso in un'opera esegetica di rilievo delle disposizioni del Patto, asserendo, in proposito, che le libertà in parola rappresentano indispensabili condizioni per il pieno sviluppo della persona umana. L'importanza delle libertà di espressione e di opinione è tale da renderle autentiche pietre miliari per qualsivoglia comunità libera e democratica. Senza obliterarsi che esse costituiscono la condizione necessaria per la realizzazione di quei principi di *transparency e accountability* ritenute essenziali – si legge – per la promozione e la protezione dei diritti umani. Libertà, insomma, ineludibili per un pieno ed effettivo godimento di tutti gli altri diritti riconosciuti dal Patto.

Queste affermazioni, poi, si esplicano – nell'ambito specifico della libertà di informazione – nella necessità di una *free, uncensored and*

<sup>18</sup> Nella formulazione in lingua originale: «Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice».

<sup>19</sup> «The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such provided by law and are necessary: (a) For respect of the rights of reputations of others; (b) For the protection of national security or of public order, or of public health or morals».

*unbindered press*: la libera diffusione di informazioni ed idee attraverso la stampa, in particolar modo ove queste coinvolgono la sfera politica ed il bene comune, è cruciale nel rapporto tra cittadini, candidati e rappresentanti eletti. Questi principi sono stati più volte ribaditi nell'indirizzo interpretativo del Comitato: la libertà di espressione e la libertà di opinione rappresentano una «pietra fondante per ogni società libera e democratica», quali «condizioni indispensabili per il pieno sviluppo della persona»<sup>20</sup>.

Passando alla dimensione regionale<sup>21</sup>, la libertà di informazione ha ricevuto anzitutto riconoscimento e garanzia nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950. In particolare, l'articolo 10 della suddetta Convenzione afferma che: «Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Questo diritto comprende la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare delle informazioni o delle idee senza alcuna ingerenza da parte della pubblica autorità e senza considerazione di frontiere».

La libertà di informazione è evidentemente configurata quale *species* della libertà di espressione, comprendendo questa sia il lato attivo dell'informazione – ovvero sia la libertà di comunicare informazioni – sia l'aspetto passivo, cioè la libertà di riceverle. Risulta manchevole, pertanto, un riferimento positivo al lato “dinamico” di ricercare le informazioni. Questo è probabilmente il limite più manifesto della Convenzione, che si è cercato di superare in sede giurisprudenziale<sup>22</sup>, essendo il diritto di ricercare le informazioni il necessario corollario del diritto all'informazione.

<sup>20</sup> Ovverosia, «foundation stone for every free and democratic society», «indispensable conditions for the full development of the person». In particolare, si segnalano alcune recenti *views* adottate dal Comitato su alcuni casi coinvolgenti la Bielorussia, sovente descritta quale l'ultima dittatura d'Europa (ancora non facente parte del Consiglio d'Europa). Si rinvia a *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2230/2012*, *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2251/2013*, *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2190/2012*.

<sup>21</sup> Mi sia consentito di rinviare alle riflessioni presenti in A. LAMBERTI, *Libertà di informazione e democrazia. Profili di tutela multilivello*, cap. III, cit.

<sup>22</sup> V. sent. *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, sentenza dell'8 novembre 2016.

E sempre in ciò risiede una delle differenze fondamentali, in termini di formulazione, rispetto all'articolo 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo ed all'articolo 19 del Patto internazionale sui diritti civili e politici<sup>23</sup>.

Inoltre, l'articolo 10 della Convenzione non osta alla facoltà degli Stati di «sottomettere le imprese di radiodiffusione, di cinema o televisione ad un regime di autorizzazioni».

Il secondo paragrafo, poi, nell'asserire che l'esercizio della libertà di espressione non può prescindere da doveri e responsabilità (quegli stessi *duties and responsibilities* cui fa menzione anche l'articolo 19 del Patto), prevede la possibilità di «formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge, che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla difesa dell'ordine pubblico o alla prevenzione del crimine, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazioni di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

Delle restrizioni ben precise, dunque, collegate – però – ad espresse garanzie, riconducibili alla riserva di legge ed alla previsione della necessità delle misure medesime in una società democratica (ovverosia della presenza di un “*pressing social need*”<sup>24</sup>). In proposito, la Corte deve stabilire «se le ragioni addotte dalle autorità nazionali per giustificare l'interferenza siano state rilevanti e sufficienti e se la

<sup>23</sup> Afferma, in proposito, GIORGIO RESTA: «se è indubbiamente vero che la previsione dell'art. 10 soffre il serio limite di non occuparsi della c.d. *Informationsbeschaffung*, ossia non contempla un diritto positivo a “cercare” le informazioni (con correlativo obbligo dei poteri pubblici di metterle a disposizione), quale ad esempio quello riconosciuto dall'art. 19 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, è certamente innegabile che tale disposizione si connota sin dal suo apparire come particolarmente moderna e suscettibile di notevoli sviluppi in sede interpretativa. L'attività della Corte ha contribuito, in questi anni, ad adeguare il significato operativo dell'art. 10 alle nuove esigenze espresse dalla società della comunicazione, assumendo come chiave di lettura privilegiata il legame intercorrente tra libertà d'informazione e democrazia» (G. RESTA, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla libertà di informazione e la sua rilevanza per il diritto interno: il caso dei processi mediatici*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, n. 2, pp. 165-166).

<sup>24</sup> Come si evince dalla pubblicazione *Freedom of expression in Europe*, curata dal Consiglio d'Europa (*Human rights files*, n. 18).



misura intrapresa sia stata proporzionata agli obiettivi legittimi perseguiti»<sup>25</sup>.

*Prima facie*, potrebbe stupire e lasciare perplessi il raffronto tra i due commi dell'articolo 10, essendo il secondo assai più ampio del primo, contenente per lo più l'espressione del principio. Sovverrebbe, dunque, un dubbio sul rischio di eludere, sia pur parzialmente, da parte degli Stati autori delle restrizioni, l'affermazione generale di un principio che è posto alla base degli ordinamenti costituzionali degli Stati di democrazia pluralista. La Corte, con la sua saggia opera di bilanciamento, ha impedito che questo rischio andasse concretizzandosi. La libertà di espressione è stata, infatti, definita come «una delle condizioni fondamentali per il progresso delle società democratiche e per lo sviluppo di ogni individuo»<sup>26</sup>.

E la Corte, infatti, nella sua prima pronuncia sulla libertà di espressione e di informazione con riferimento alla stampa (caso *Sunday Times* – aprile 1979), statuì che la restrizione operata nel caso di specie alla libertà in parola, sotto forma di una *injunction* basata sulla disciplina inglese dell'oltraggio alla corte (il celebre *contempt of court*), coinvolgente la pubblicazione di un articolo giornalistico vertente su un farmaco medico e sulle sue conseguenze sulla salute, fosse non necessaria e sproporzionata, non rispondente a quel *pressing social need* proprio di una società democratica. E ancora, nel caso *Lingens*, la Corte – sottolineando la fondamentale funzione della libera stampa in una società democratica – affermò che: «Mentre la stampa non deve superare i limiti stabiliti, inter alia, per la protezione della reputazione altrui, tuttavia ad essa spetta diffondere informazioni ed idee su tematiche politiche, così come su altre aree di pubblico

<sup>25</sup> «The Court must determine whether the reasons adduced by the national authorities to justify the interference were 'relevant and sufficient' and whether the measure taken was 'proportionate to the legitimate aims pursued' ...» (*Cumpănă and Mazăre c. Romania*, sentenza del 17 dicembre 2004, ricorso n. 33348/96). I criteri generali da applicare per stabilire se un'interferenza con l'esercizio della libertà di espressione è "necessaria in una società democratica" ai sensi del par. 2 dell'art. 10 CEDU sono emersi in particolare nelle sentenze della Grande Camera del 13 luglio 2012, *Mouvement raëlien suisse c. Svizzera*, ricorso n. 16354/06, par. 48.

<sup>26</sup> Cfr. *Handyside c. Regno Unito*, sentenza del 7 dicembre 1976, par. 49, («one of the basic conditions for the progress of democratic societies and for the development of each individual»).

interesse. Non soltanto la stampa ha il compito di diffondere dette informazioni ed idee: il pubblico ha anche il diritto di riceverle»<sup>27</sup>.

Affine è la posizione della Corte di Strasburgo nel caso *Castells*: chiamata a pronunciarsi sulla condanna ad un militante basco (nonché membro del Parlamento spagnolo), “colpevole” di aver scritto un articolo giornalistico in cui accusava pesantemente il Governo spagnolo – a suo dire in quanto supportava e tollerava attacchi armati contro i baschi –, la Corte ha colto una violazione dell’articolo 10, dichiarando che «Il ruolo preminente della stampa in uno Stato di diritto non deve essere dimenticato... La libertà di stampa fornisce al pubblico uno dei mezzi migliori per scoprire e formarsi un’opinione sulle idee e sugli atteggiamenti dei loro leader politici. In particolare, essa fornisce ai politici l’opportunità di riflettere e commentare le preoccupazioni dell’opinione pubblica; inoltre, consente a ciascuno di partecipare nel libero dibattito politico, che è al cuore del concetto di società democratica»<sup>28</sup>.

Come si può osservare, dunque, sulla libertà di stampa in modo particolare è andata consolidandosi la c.d dottrina del “cane da guardia”<sup>29</sup>, il ruolo pubblico che la stampa dovrebbe svolgere all’interno di una libera società democratica per la formazione di un’opinione pubblica pienamente consapevole e partecipe: il margine discrezionale riservato agli Stati nella previsione di limitazioni alla libertà di informazione, pertanto, risulta piuttosto ridotto allorché la stampa si occupa di questioni di interesse pubblico, allargandosi invece allorché entrino in gioco i valori morali propri della popolazione.

<sup>27</sup> Cfr. *Lingens c. Austria*, sentenza dell’7 luglio 1986, par. 41 («Whilst the press must not overstep the bounds set, inter alia, for the protection of the reputation of others, it is nevertheless incumbent on it to impart information and ideas on political issues, just as on those of other areas of public interest. Not only does the press have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them»).

<sup>28</sup> Cfr. *Castells c. Spagna*, sentenza del 23 aprile 1992, par. 43 («The pre-eminent role of the press in a State governed by the rule of law must not be forgotten... Freedom of the press affords the public one of the best means of discovery and forming an opinion on the ideas and attitudes of their political leaders. In particular, it gives politicians the opportunity to reflect and comment on the preoccupations of public opinion; it thus enables everyone to participate in the free political debate, which is at the very core of the concept of a democratic society»).

<sup>29</sup> Così M. DE SALVIA, *Compendium della CEDU*, Napoli, 2000, p. 235.

Assai significativa, inoltre, è la giurisprudenza della Corte sul delicato tema del rapporto tra la tutela (e la sua efficacia) della libertà di informazione ed il pluralismo dei mezzi audiovisivi. La libertà d'espressione, infatti, non è in grado di assolvere alla sua essenziale funzione in una libera società democratica allorché non si fondi sul pluralismo, «di cui lo Stato è il garante ultimo. L'osservazione vale soprattutto per i media audiovisivi poiché i loro programmi hanno sovente amplissima diffusione»<sup>30</sup>. Difatti, «I media audiovisivi, come la radio e la televisione, hanno un ruolo particolarmente importante (...). A causa del loro potere di trasmettere messaggi attraverso il suono e le immagini, questi media hanno un effetto più immediato e potente rispetto alla stampa. La funzione della televisione e della radio come fonti familiari di intrattenimento» e di informazione «nell'intimità della casa dell'ascoltatore o dello spettatore rinforza ulteriormente il loro impatto»<sup>31</sup>. Dunque, specialmente a proposito di queste fonti informative, «il monopolio pubblico impone le più pesanti restrizioni alla libertà di espressione»<sup>32</sup>, che – pertanto – risultano giustificabili solamente in casi di estrema necessità.

Il pluralismo informativo, quindi, si configura come una precondizione essenziale per il godimento e la fruizione del diritto in parola, oltre che per un assetto realmente democratico della società. D'altronde, come la Corte ha ricordato nella nota sentenza sul caso *Centro Europa Sette*, «non vi è democrazia senza pluralismo»<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. *Informationsverein Lentia and others c. Austria*, sentenza del 24 novembre 1993, par. 38.

<sup>31</sup> «The audiovisual media, such as radio and television, have a particularly important role (...). Because of their power to convey messages through sound and images, such media have a more immediate and powerful effect than print. The function of television and radio as familiar sources of entertainment in the intimacy of the listener's or viewer's home further reinforces their impact» (*Centro Europa Sette c. Italia*).

<sup>32</sup> Cfr. *Informationsverein Lentia and others c. Austria*, par. 39.

<sup>33</sup> Cfr. sentenza del 7 giugno 2012, ricorso n. 38433/2009, *Centro Europa 7 s.r.l. e Di Stefano c. Italia*. Per una disamina più completa, mi sia permesso di rimandare ad A. LAMBERTI, *Libertà di comunicare informazioni e idee*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016.

Punto di saldatura tra la CEDU e l'ordinamento comunitario è rappresentato dall'articolo 6 del TUE, che molto ha dato (e continua a dare) da dibattere in dottrina e in giurisprudenza: in particolare, il secondo ed il terzo paragrafo sanciscono che «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Non è certamente questa l'occasione opportuna per addentrarci in delicate considerazioni in relazione al difficile rapporto tra il diritto dell'Unione e la CEDU, stante – di fatto – la mancata adesione dell'UE alla CEDU; tuttavia, non possiamo esimerci dal sottolineare come la Corte di giustizia delle Comunità europee prima, e la Corte di giustizia dell'Unione europea poi, abbiano in effetti – in sede giurisprudenziale – incorporato nell'ordinamento comunitario la disciplina della tutela dei diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU, inquadrabili come principi generali del diritto comunitario (oggi dell'Unione)<sup>34</sup>. Ciò si apprezza, in particolare, proprio a riguardo della tutela della libertà di informazione.

Nella sentenza *Ert* del giugno 1991, ad esempio, la CGCE affermò che, allorché uno Stato membro invochi il combinato disposto degli artt. 56 e 66 del Trattato (attuale TFUE) per giustificare una norma di diritto interno capace di costituire un ostacolo per l'effettività della libertà di prestazione di servizi in materia televisiva, le limitazioni debbono essere valutate alla luce del principio generale della libertà di espressione, ricavabile dai trattati internazionali in materia di diritti umani, e – segnatamente – dall'articolo 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Molto significativa, poi, è la sentenza *Gouda* del luglio 1991, relativa al bilanciamento tra la libertà di prestazione di servizi in materia radiotelevisiva ed il pluralismo delle opinioni: in particolare, l'articolo 56 del Trattato non può essere invocato per perseguire finalità

<sup>34</sup> Cfr. sentenza *Rutili*, causa 36-75.

squisitamente economiche, giacché «una politica culturale volta alla tutela della libertà di espressione delle diverse componenti sociali, culturali, religiose o filosofiche presenti in uno Stato membro può costituire un'esigenza imperativa di interesse generale», essendo la preservazione del pluralismo strettamente connessa alla libertà di espressione di cui all'articolo 10 della CEDU.

Le limitazioni alle libertà economiche in nome dell'interesse generale alla preservazione del pluralismo debbono, in ogni caso, rispettare criteri di proporzionalità. Ancora, si ricorda la sentenza *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags* del giugno 1997, ove si è ribadito che «quando uno Stato membro invoca esigenze imperative per giustificare una normativa idonea a frapporre ostacolo all'esercizio della libera circolazione delle merci, questa giustificazione dev'essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto e, in particolare, dei diritti fondamentali. Tra essi figura la libertà di espressione, sancita dall'articolo 10 della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Principio, questo, richiamato a più riprese dalla Corte in periodi successivi: basti pensare – *inter alia* – alla sentenza CGUE del 25 marzo 2004, *Herbert Karner Industrie – Auktionen GmbH e Troostwijk GmbH*.

Risulta ora opportuno, però, porre l'accento sul primo comma dell'articolo 6 del TUE, che attribuisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (la c.d. Carta di Nizza) il medesimo valore giuridico dei Trattati. È noto, infatti, che la Carta ha cominciato ad esplicare piena forza giuridica vincolante solo con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, risalente all'1 dicembre 2009, mentre – fino a quel momento – era rimasta nell'alveo del *soft law*. Essa, per quel che a questa sede s'attaglia, riconosce e tutela la libertà di informazione attraverso la formulazione dell'articolo 11.

Detto articolo, infatti, afferma: «Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati». Come ha ricordato autorevole dottrina, la formulazione della Carta ha presupposto ed accolto «una impostazione “classica” della libertà di manifestazione del pensiero, ovvero caratterizzata,

almeno tendenzialmente, dalla natura e matrice individualistica e a-funzionalista del diritto<sup>35</sup>».

È stata, dunque, riaffermata in sede comunitaria quella stessa garanzia assoluta, tipica delle libertà civili, che involge la libertà di manifestazione del pensiero negli ordinamenti costituzionali degli Stati di democrazia pluralista, a partire dall'esempio dell'articolo 21 della Costituzione italiana. Disposizione, quest'ultima, che – ad avviso di ampia giurisprudenza costituzionale – non manca, però, di «una valenza (anche) supra-individualistica, al fine di consentire e legittimare una serie variegata di interventi, volti ad una più o meno intensa regolamentazione per opera della legge; e, quindi, l'inclusione entro un ambito in cui concorrono una serie di interessi ultronei e diversi rispetto a quelli del soggetto privato titolare del diritto»<sup>36</sup>, senza – con ciò – scadere in una prospettiva meramente funzionalistica e strumentale della libertà in questione.

Tornando all'articolo 11 della Carta, è manifesto come esso riprenda pressoché testualmente la prima parte dell'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, soprattutto per quel che concerne l'espresso riconoscimento della libertà di informazione nel suo profilo attivo e passivo. Impostazione, questa, adottata – come emerso in precedenza – anche dall'articolo 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Tuttavia, la norma in esame risulta manchevole di un'esplicita disciplina in ordine alle limitazioni, cui detta libertà può essere soggetta a determinate condizioni, al contrario della norma della CEDU, la quale contiene una ricca elencazione, con l'evidente finalità di circoscrivere la discrezionalità del legislatore nazionale nell'operare restrizioni. Un aspetto, questo, che ci induce a manifestare non poche perplessità, pur tenendo presente, in ogni caso, che l'articolo 52, I comma, pone il presidio della riserva di legge, oltre che una precisa

<sup>35</sup> Così P. STANCATI, *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi* (Parte I), in *Politica del diritto*, 2005, n. 2, p. 186.

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 175.

serie di condizioni alle quali i diritti riconosciuti dalla Carta possono essere limitati<sup>37</sup>.

Non può, quindi, non sottolinearsi come la Carta dei diritti «faccia proprio e tenga per fermo quell'ulteriore presidio di garanzia, tipico dell'assetto "classico" o individualistico delle libertà civili, rappresentato dalla riserva di legge», garanzia «evocata non già in riferimento a questo o quel diritto di libertà ma, in termini generali ed omnicomprensivi; tale, cioè, da valere come necessario presupposto di ogni intervento limitativo»<sup>38</sup>.

Un'altra considerevole peculiarità della disposizione della Carta è rappresentata dal secondo comma: la previsione del rispetto della libertà e del pluralismo dei media, infatti, rappresenta un'importante specificazione della libertà di informazione; un'esplicita formulazione, questa, che si pone come punto di riferimento per il legislatore comunitario, il quale – pur tendendo alla realizzazione dei principi del libero mercato e della concorrenza – deve adeguatamente garantire il principio del pluralismo.

È da ricordarsi, però, come accennato in precedenza, che a questo risultato era già pervenuta in via giurisprudenziale la Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla scia degli indirizzi della stessa Corte di Strasburgo<sup>39</sup>. Fondamentale, difatti, è stato il contributo della giu-

<sup>37</sup> Anche la Corte di giustizia ha rilevato che «Sebbene tali libertà possano essere limitate, qualsiasi limitazione del loro esercizio dev'essere, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, prevista dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di dette libertà. Inoltre, come emerge da tale disposizione, nel rispetto del principio di proporzionalità possono essere apportate limitazioni solo qualora siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Cfr. sentenza del 17 dicembre 2015, causa C-157/14, *Société Neptune Distribution c. Ministre de l'Économie et des Finance*, punto 68.

<sup>38</sup> In questi termini si esprime P. STANCATI, *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi* (Parte I), cit., p. 195.

<sup>39</sup> Sul collegamento tra le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si rinvia a L. FERRARI BRAVO, F. M. DI MAJO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea commentata con la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE e della Corte Europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, Milano, 2001.

risprudenza della Corte di Lussemburgo ai fini dell'incorporazione nell'ordinamento comunitario dei diritti fondamentali previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Quest'incorporazione è stata accompagnata, invero, dall'emanazione – da parte delle competenti istituzioni comunitarie – di discipline attinenti all'ambito dell'informazione, e segnatamente dell'informazione televisiva, a partire dalla storica direttiva n. 89/552/CEE, modificata dalla direttiva 97/36/CEE e successivamente dalla direttiva 2007/65/CE, dalla direttiva 2010/13/UE e, da ultimo, dalla direttiva 2018/1808 (cui gli Stati sono tenuti a conformarsi entro il 19 settembre 2020). Quest'ultima direttiva è particolarmente significativa: come ha osservato di recente autorevole dottrina, essa – pur non proponendosi di rivoluzionare l'assetto della disciplina vigente – «innova in maniera fondamentale su almeno tre fronti. Innanzitutto, con essa l'Unione europea si dota di un insieme di regole moderne volte a 'responsabilizzare' (...) le piattaforme di condivisione video imponendo misure a tutela del pubblico e in particolare dei giovani utenti. In secondo luogo, nel settore della promozione delle opere europee, la direttiva rafforza sensibilmente gli obblighi di contribuzione degli ormai popolarissimi fornitori di cataloghi a richiesta, aprendo così ad una maggiore diversità culturale nel panorama audiovisivo europeo. Infine, la nuova direttiva sancisce il fondamentale principio dell'indipendenza dei regolatori nazionali, garanzia particolarmente importante a presidio dei valori democratici del pluralismo, della libertà d'informazione e dell'integrità del mercato interno»<sup>40</sup>.

Va, inoltre, sottolineata la particolare attenzione rivolta dal legislatore europeo nei confronti dei soggetti più deboli e vulnerabili, vale a dire – in primo luogo – i minori. Notevoli sono le novità in questa direzione, come – a titolo meramente esemplificativo – il divieto, per le piattaforme di diffusione di contenuti audiovisivi, di utilizzazione a fini commerciali dei dati personali dei minori. Ma «la novità più importante contenuta nella direttiva 2018/1808», in particolare, «riguarda (...) la tutela dei minori con riguardo ai contenuti trasmessi attraverso le nuove piattaforme per la condivisione di audio e video,

<sup>40</sup> Così R. VIOLA, *La riforma del quadro normativo dell'audiovisivo tra mercato unico e valori fondamentali*, in G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, Torino, 2019, p. XXIII.



anche quando si tratta di contenuti generati dagli utenti o in modo automatizzato o con algoritmi. La direttiva, infatti, impone ai fornitori di piattaforme per la condivisione di video l'adozione di misure appropriate per tutelare i minori dai contenuti che possono nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale»<sup>41</sup>.

Tuttavia, parrebbe sussistere una discrasia tra l'impianto normativo del diritto primario – e della Carta dei diritti fondamentali in particolare – e il diritto derivato, il quale sembra muoversi, piuttosto che a partire da una visione “classica”, lungo una prospettiva funzionalista della libertà di informazione (ove il fine della “funzionalizzazione” è la garanzia della libertà del mercato e della concorrenza da rischi di monopoli od oligopoli, sia pur perigliosi ove si consideri l'importanza del pluralismo in un settore così delicato qual è quello in esame)<sup>42</sup>. Discrasia, che – a ben vedere – negli ultimi tempi il legislatore europeo ha cercato di superare, nell'ottica di una più effettiva tutela dei diritti fondamentali degli individui. Alcuni spunti della succitata direttiva SMAV, d'altronde, sembrano muoversi proprio lungo questa direzione. Un altro esempio virtuoso, in questo senso, è rappresentato dal recente Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR, Regolamento UE 2016/679), che rappresenta una risposta decisiva alle sfide poste dalla rete all'effettivo godimento dei diritti

<sup>41</sup> Così F. DONATI, *La tutela dei minori nella direttiva (UE) 2018/1808*, in G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, cit., p. 135.

<sup>42</sup> Su questo aspetto della tematica, si rinvia, in particolare a P. STANCATI, *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi* (Parte II), in *Politica del Diritto*, 2005, n. 3. Lo stesso A. ricorda come un'analogia tendenza “funzionalizzante” – da lui letta con toni critici – emerga anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia: «si può rilevare con sufficiente sicurezza come l'impianto interpretativo della CGCE inerente alla libertà di manifestazione del pensiero mostri non pochi punti critici, quanto meno avendo riguardo alla propensione alla relativizzazione e funzionalizzazione del diritto, alla costante (ed impropria) comparazione del diritto stesso con esigenze e interessi ultranei (e inferiori, quanto al loro rango costituzionale), al bilanciamento svolto in termini non “stretti” né rigorosi ma, invece, vaghi e indeterminati e, segnatamente, non suffragato dalla puntuale individuazione degli interessi o valori o principi antagonisti rispetto al diritto che si pretende sacrificare». Così in P. STANCATI, *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi* (Parte I), cit., p. 220.

fondamentali. Esso rileva sotto molteplici prospettive, ma ci preme in particolare evidenziare la portata dell'articolo 17, che configura come diritto soggettivo tipico il c.d. "diritto all'oblio"<sup>43</sup>, nell'ottica della «piena effettività del diritto fondamentale sancito dall'articolo 8 della Carta dei diritti UE»<sup>44</sup>. Nel quadro di una ragguardevole evoluzione della sensibilità giuridica e politica sul tema – di cui è tappa fondamentale la nota sentenza della Corte di giustizia dell'UE nel c.d. *caso Google Spain*<sup>45</sup> – a tenore del suddetto articolo, «l'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo ed il titolare del trattamento ha, a sua volta, l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei seguenti motivi: - a) i dati non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; - b) l'interessato ritira il consenso su cui si basa il trattamento e non sussiste altro motivo legittimo per trattare

<sup>43</sup> Interessanti le riflessioni del compianto STEFANO RODOTÀ, che individua il contenuto del diritto all'oblio nell'interesse a «restituire a ciascuno la possibilità di reinventarsi, di costituire personalità e identità affrancandosi dalla tirannia di gabbie nelle quali una memoria onnipresente e totale vuole rinchiudere tutti» (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 406).

<sup>44</sup> Così R. SENIGAGLIA, *Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell'ordine della dignità personale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, vol. 5, p. 1052.

<sup>45</sup> La Corte, «accogliendo la tesi per cui gli utenti della rete hanno il diritto di controllare i propri dati e chiedere ai motori di ricerca di rimuovere i risultati che li riguardano, ha riconosciuto la responsabilità del motore di ricerca (...) per il trattamento di indicizzazione dei dati personali in caso di violazione del 'diritto all'oblio' (...) e cioè del diritto all'autodeterminazione informativa del soggetto (persona fisica o persona giuridica) o, più nello specifico, del diritto alla conservazione della propria identità digitale, in relazione a contenuti di rete che lo riguardano. Per la Corte, infatti, è meritevole di tutela la pretesa di un soggetto a non vedere comparire tra gli elenchi dei risultati delle ricerche le pagine web che ospitano contenuti che lo riguardano qualora questi gli arrechino pregiudizio e sia trascorso un lasso di tempo, dalla pubblicazione della notizia, tale da non giustificare più la permanenza nel pubblico dominio di queste informazioni, e ciò anche nel caso in cui la pagina internet indicizzata contenesse l'informazione non venga rimossa dal sito "sorgente" (il che significa che il contenuto in questione continuerà ad essere consultabile in rete e si creerà il solo ostacolo di renderlo più difficilmente raggiungibile per gli utenti)». Così M. COCUCCIO, *Il diritto all'oblio fra tutela della riservatezza e diritto all'informazione*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2015, n. 2, p. 751.

i dati; - c) l'interessato si oppone al trattamento dei dati personali e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento; - d) i dati sono stati trattati illecitamente; - e) i dati devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell'Unione Europea o degli Stati membri cui è soggetto il titolare del trattamento; - f) i dati sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione»<sup>46</sup>. Molto significative, poi, sono quelle norme che impongono obblighi generali di precauzione in capo ai titolari del trattamento dei dati. In particolare, è previsto che «il titolare debba mettere in atto 'misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente' al regolamento (art. 24), nonché per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio di ledere i diritti e le libertà dei soggetti (art. 32)»<sup>47</sup>. Sulla base del principio di *accountability*, poi, «il titolare e il responsabile del trattamento sono chiamati ad una rigorosa attività di valutazione e monitoraggio del rischio, e di conseguenza, all'adozione delle più adeguate tecniche, tecnologie informatiche e misure organizzative volte a garantire la *sicurezza dei dati*»<sup>48</sup>.

Dunque, alla luce di questa analisi, quantunque non manchino criticità ed emergano aspetti perfettibili, riconducibili al fatto che sul piano internazionale non sia andata consolidandosi una norma consuetudinaria inerente alla tutela della libertà di informazione, nonché – in ambito sovranazionale – alle difficoltà del progetto di integrazione europea, nondimeno non può non mettersi in luce l'importanza di un sistema di tutela *multilevel* “a cerchi concentrici”, che abbia al suo centro la garanzia dei diritti fondamentali della persona umana, cuore e punto di riferimento essenziale del diritto *tout court* come fenomeno sociale.

<sup>46</sup> Così F. AGNINO, *Il diritto all'oblio e il diritto all'informazione: quali condizioni per il dialogo?*, in *Danno e Responsabilità*, 2018, n. 1, pp. 108-109.

<sup>47</sup> Così R. SENIGAGLIA, *Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell'ordine della dignità personale*, cit., p. 1056.

<sup>48</sup> *Ivi*, p. 1057.

### 3. Tutela dei diritti in Internet: problemi e questioni attuali

Il tumultuoso sviluppo tecnologico, caratterizzato dall'emergere dell'economia digitale e, in particolare, dalla straordinarietà dello strumento di Internet, motore propulsivo di notizie e idee irradiantesi a livello globale, propone ingenti sfide per l'odierno atteggiarsi della libertà di informazione. E ciò è tanto più evidente quanto più si consideri la «naturale vocazione all'extraterritorialità»<sup>49</sup> di questo strumento, «catalizzatore essenziale della globalizzazione contemporanea»<sup>50</sup> in quanto «travalica i confini degli Stati nazionali, supera le barriere doganali, elimina le differenze culturali tra i popoli»<sup>51</sup>.

Senza contare, poi, il mutamento di identità della stessa società dell'informazione, che ha conosciuto un'esplosione del numero dei soggetti attivi in conseguenza delle applicazioni web più recenti, le quali consentono agli utenti, «autonomamente e senza costi, di ricevere e diffondere informazioni in tempo reale in ogni parte del mondo»<sup>52</sup>.

In particolare, il diritto di accesso e produzione di informazioni in rete tocca e si interseca con diversi diritti, sia quelli costituzionalmente consolidati che gli altri di nuova generazione. Tanto premesso, il diritto di accesso alla rete si identifica con «l'adattamento alle attuali tecnologie del tradizionale diritto ad esprimere liberamente il proprio pensiero e quindi comporta anche l'individuazione regolamentata dei possibili limiti al suo esercizio»<sup>53</sup>.

Il diritto di accesso alla rete ha trovato una sua formulazione ed un suo riconoscimento positivo in alcuni ordinamenti stranieri: si pensi, a titolo esemplificativo, alla riforma costituzionale greca del 2001, a seguito della quale l'articolo 5-*bis* comma 2 Cost. ha visto l'affermarsi del diritto di ognuno alla partecipazione alla Società dell'informazione, o alla vicenda ecuadoregna, che ha conosciuto la configurazione

<sup>49</sup> Così T. E. FROSINI, *Libertè, Egalitè, Internet*, II ed. ampliata, Napoli, 2019, p. 52.

<sup>50</sup> Con queste parole T.W. GOLDSMITH, *Who controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, New York, 2006, p. 179.

<sup>51</sup> Così di nuovo T.E. FROSINI, *Libertè, Egalitè, Internet*, cit., p. 52.

<sup>52</sup> Così F. DONATI, *Il principio del pluralismo delle fonti informative al tempo di Internet*, in *Diritto e Società*, 2013, n. 4, p. 663.

<sup>53</sup> In questi termini G. DE VERGOTTINI, *La libertà di pensiero è sempre attuale?*, in *Percorsi costituzionali*, 2015, p. 11.

di un vero e proprio diritto soggettivo all'accesso ad Internet con la riforma del 2008<sup>54</sup>. Senza dimenticare, ancora, la revisione della Costituzione messicana, il cui articolo 6 «è stato integrato da nuovi commi che, postulando il diritto di tutti ad accedere liberamente alle informazioni attraverso qualsiasi mezzo, impongono allo Stato di garantire il diritto di accesso alle tecnologie di informazione e comunicazione, incluso Internet in banda larga»<sup>55</sup>.

La natura di tale diritto è tuttora oggetto di dibattito: non trascurabile, a tal proposito, appare la possibilità di configurare il *right to Internet access* come un diritto sociale, una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche<sup>56</sup>, con il naturale corollario di un impegno da parte dello Stato ad offrire delle prestazioni tese a garantirne la pienezza e l'effettività.

In tal senso, appare un problema di non poca rilevanza il cosiddetto *digital divide*, ovvero «il divario tecnologico fra le diverse generazioni e i diversi contesti economici e sociali», che – allo stato – «non consente alla rete di estendersi con la dovuta uniformità e generalità»<sup>57</sup>. Le disuguaglianze di fatto, in altri termini – siano esse intese dal punto di vista economico, da quello generazionale o dalla prospettiva dell'istruzione<sup>58</sup> – impediscono la piena fruizione del *ri-*

<sup>54</sup> *Ivi*, pp. 12-13.

<sup>55</sup> M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi di costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 1, nota 76, p. 17.

<sup>56</sup> In questi termini, per esempio, si esprimono gli estensori dei disegni di legge costituzionali proponenti la formulazione dell'art. 34 *bis* Cost. sul tema del diritto di accesso alla rete (Ddl. Cost. S. n. 1561 del 10 luglio 2014 e Ddl. Cost. C. n. 2816 del 14 gennaio 2015).

<sup>57</sup> Così F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, in *Gnosis – Rivista italiana di Intelligenza*, 2014, p. 64.

<sup>58</sup> In modo particolare rispetto a quest'ultimo punto, si consideri la profonda relazione tra il *right to Internet access* e il diritto all'istruzione. Questi diritti, infatti, si combinano ai fini del «raggiungimento di una reale uguaglianza nell'accesso ai mezzi telematici», impensabile senza la possibilità – in capo all'individuo – di acquisire specifiche competenze informatiche o senza la sostenibilità dell'accesso al web. «Di qui la configurazione – da più parti prospettata e confermata sostanzialmente dalla Corte Costituzionale [v. sent. n. 307 del 2004] che ha riconosciuto nella cultura informatica una finalità di carattere generale – di un obbligo per la Repubblica, in tutte le sue articolazioni, di promuovere l'alfabetizzazione informatica, intesa quale diritto sociale». Così A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009, p. 53.

*ght to Internet access*, rappresentando a tutti gli effetti la proiezione nel mondo della rivoluzione digitale di quegli “ostacoli di ordine economico e sociale” che la Repubblica si impegna a rimuovere.

Tornando, però, al tema della libertà di informazione, non deve obliterarsi che, nel fluido mondo del digitale, la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto di accesso ad Internet si incontrano e si scontrano su un terreno assai difficile e delicato, quello delle manipolazioni, favorito da un crescente fenomeno di bombardamento informativo dove sempre più labile sembra divenire il confine tra il vero e il falso, tra il verosimile e l'improbabile.

Lo storico israeliano Harari, coscienza critica della contemporaneità, nota in proposito che oggi «la censura non opera bloccando il flusso di informazioni, ma inondando le persone di disinformazione e distrazioni»<sup>59</sup>.

Ci si riferisce, in modo particolare, al problema delle *fake news*, sul quale è necessario soffermarsi, sia pur in termini parziali. Secondo il Rapporto del Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali (Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Delibera n. 423/17/CONS), per *fake news* si intende un fenomeno eterogeneo, comprendente:

- «notizie provenienti da fonti che non hanno effettuato un'opportuna attività professionale di verifica delle fonti;
- notizie satiriche che, talvolta, lette fuori contesto, possono essere percepite dai cittadini come reali;
- notizie provenienti da fonti che alimentano teorie complottistiche o cospirazioniste;
- notizie provenienti da fonti specializzate in gossip o rumors e pseudoscienza, caratterizzate dal ricorso ad annunci (di eventi di attualità o scoperte scientifiche) non verificati;
- *hate news* provenienti da fonti che promuovono razzismo, misoginia, omofobia, e altre forme di discriminazione;
- notizie (del tutto o parzialmente) corrette che però utilizzano una titolazione sensazionalistica (a scopi di *clickbaiting* – cattura dei click);
- notizie provenienti da fonti che forniscono, in maniera tendenziosa, informazioni a supporto di specifici punti di vista e orientamenti politici;

<sup>59</sup> Y. N. HARARI, *21 lezioni per il XXI secolo*, Milano, 2018.

• infine, contenuti che imitano le notizie nella forma ma non nel processo organizzativo e nello scopo»<sup>60</sup>.

Ad essere fonte di maggiore preoccupazione sono soprattutto quelle notizie «completamente inventate, fabbricate e diffuse (...) allo scopo di ingannare il pubblico e manipolarne l'orientamento, attraverso il ricorso a stati emotivi, per motivi ideologici, politici o di vantaggio economico»<sup>61</sup>. Tramite i *social network*, in particolare, esse «riescono a circolare con una velocità e una capacità di diffusione enormemente superiore al passato»<sup>62</sup>: i social, infatti, la cui caratteristica fondamentale è la decentralizzazione delle comunicazioni<sup>63</sup>, rappresentano un alimento brutale per la proliferazione e la diffusione di notizie false e tendenziose, soprattutto ove si consideri che «i sistemi di condivisione delle informazioni» e la diffusione stessa delle notizie determinano l'innalzamento del profitto «degli inserzionisti pubblicitari»<sup>64</sup> e degli stessi gestori dei social media. In altre parole, i social network, senza un'adeguata regolamentazione, rischiano di degenerare in «casse di risonanza in cui gli utenti-elettori della rete [ ...

<sup>60</sup> Rapporto tecnico “Le strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti *fake*”, a cura del Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e la correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali /Delibera n. 423/17/CONS – AGCOM), pp. 4-5. Dal rapporto emerge che le caratteristiche principali delle *fake news*, tali da renderle un fenomeno di notevole pericolosità per le democrazie contemporanee, sono, oltre alla falsità dei contenuti, la notevole contagiosità, l'intento doloso, la motivazione politico/ideologica o economica, la diffusione massiva, gli effetti (nefasti) sulla formazione dell'opinione pubblica e sull'agenda politica. Per ulteriori approfondimenti, specie in merito a rilevazioni statistiche, si rimanda anche allo Studio-Ricerca dell'AGCOM, Osservatorio sulla disinformazione online, n. 4/2019).

<sup>61</sup> *Ivi*, p. 5.

<sup>62</sup> Così P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, internet, teatro e cinema*, Bologna, 2019, p. 256.

<sup>63</sup> Il termine “comunicazione” non è improprio. Anzi, come si vedrà più avanti, una delle sfide più importanti del web al diritto costituzionale deriva proprio dall'assottigliarsi del confine tra libertà di comunicazione e libertà di manifestazione del pensiero.

<sup>64</sup> Così ancora P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, internet, teatro e cinema*, cit., p. 256.

] tendono a corroborare e amplificare taluni convincimenti»<sup>65</sup> basati su notizie false, erranee, diffusesi a macchia d'olio.

La situazione, poi, diviene tanto più grave quanto più si consideri come la maggior parte delle *fake news* provenga non già da profili di utenti reali, quanto piuttosto dai cosiddetti *bot*: «applicazioni software che creano automaticamente profili finti e contenuti sui social network e persino nelle chat»<sup>66</sup>.

Di fronte a siffatte problematiche, che coinvolgono la tenuta stessa di una democrazia, fondata sul libero esercizio del voto e sul maturarsi di un'opinione pubblica consapevole e partecipe, non appare pienamente condivisibile l'opinione di chi afferma che le «notizie false ci sono sempre state»<sup>67</sup> e che, in nome del libero commercio delle idee, non tollera limitazioni della libertà di espressione sul web, sulla base del notevole grado di pluralismo in Internet: queste pur autorevoli considerazioni, infatti, non colgono completamente la portata delle sopradescritte caratteristiche di funzionamento dei social, che alimentano oltremodo (invece di sfavorire, nonostante il pluralismo) la rapidissima – e larghissima – diffusione di notizie false!<sup>68</sup> Senza di-

<sup>65</sup> In questi termini F. SORO, *Regolazione e governance del mondo digitale. Profili del diritto della rete in USA, UE e Italia*, Torino, 2019, p. 31.

<sup>66</sup> Si rinvia ad A. MAZZIOTTI, *Fake news, fake people e società della (dis)informazione: riflessioni su democrazia, informazione e libertà fondamentali al tempo dei social network*, in *Diritti dell'Uomo*, I – 2017, p. 59.

<sup>67</sup> Così T.E. FROSINI, *Libertè, Egalitè, Internet*, cit., pp. 209-210. Dell'Autore si ricorda anche T.E. FROSINI, *No news is fake news*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, n. 4.

<sup>68</sup> Infatti, «nonostante le distorsioni dell'informazione siano antiche quanto l'umanità, nell'era digitale esistono delle condizioni di contesto peculiari che rendono la disinformazione – in particolar modo – un fenomeno tendenzialmente pervasivo, che si dimostra più efficace e più difficile da individuare rispetto al passato, poiché cambiano gli strumenti di diffusione, la sua velocità di propagazione, la capacità di comprendere il fenomeno da parte di coloro che passivamente ne diventano amplificatori, nonché la consapevolezza dei meccanismi cognitivi sottostanti» (cfr. Rapporto tecnico “Le strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti fake”, cit., p. 11). Sul doppio volto di Internet, cfr. anche F. DONATI, *Fake news e libertà di informazione*, in *Media Laws*, 2018 n. 2: «Nessuno dubita che internet abbia contribuito a rafforzare le possibilità di esercizio della libertà di informazione, sia sotto il profilo ‘attivo’ del ‘diritto di informare’ (perché oggi ciascuno può trasmettere idee e notizie in tempo reale in ogni parte del mondo e senza costi), sia sotto il profilo



menticare, poi, il monito di Karl Popper: «se la tolleranza tollera l'intolleranza, crea le premesse per la propria soppressione, per il trionfo dell'intolleranza, ragione per cui all'intollerante non può essere dato diritto di cittadinanza in una società liberaldemocratica che voglia preservare se stessa dal rischio di essere scalzata da un potere intollerante»<sup>69</sup>. Monito, questo, cui si accompagnano più recentemente le significative parole di Papa Francesco, il quale – nel suo messaggio in occasione della 52ma Giornata delle Comunicazioni Sociali del 2018 – ha affermato: «Il dramma della disinformazione è lo screditamento dell'altro, la sua rappresentazione come nemico, fino a una demonizzazione che può fomentare i conflitti. Le notizie false rivelano così la presenza di atteggiamenti al tempo stesso intolleranti e ipersensibili con il solo esito che arroganza e odio rischiano di dilagare. A ciò conducono, in ultima analisi, le falsità». Insomma, il rischio è quello di «disumanizzare le comunicazioni e le interazioni. Non parliamo più con individui, ma con userid o nickname, spesso mascherati da icone o altri simboli in alcun modo legati ai visi dei nostri interlocutori. Non parliamo con persone, ma solo di persone»<sup>70</sup>.

Non bisogna, allora, obliare che *fake news*, pubblicità aggressive e onnipresenti, discorsi d'odio, rappresentano tante facce diverse di un'unica grande problematica che involge Internet: la sua potenziale trasformazione in un'immensa fabbrica del consenso, dove l'informazione rileva non per quello che è, ma per finalità economiche o

'passivo' del 'diritto all'informazione' (perché oggi la rete mette a disposizione dei cittadini una quantità di fonti informative fino a pochi anni fa neppure immaginabile). Tuttavia le nuove potenzialità trasmissive offerte da internet favoriscono anche la possibilità di diffondere su larga scala notizie sbagliate, distorte o manipolate, che pure vengono presentate come vere (le cosiddette '*fake news*'). La più recente tecnologia permette inoltre l'utilizzo di robot che creano artificialmente falsi profili e falsi contenuti, che gli utenti generalmente scambiano per veri. L'anonimato garantito alle comunicazioni in rete, inoltre, rende generalmente difficile, se non impossibile, identificare l'autore delle *fake news*. Tutto questo genera una crescente disinformazione che può condizionare i comportamenti politici, sociali e le scelte economiche di ampi strati della popolazione».

<sup>69</sup> Così V. MILANESI, *Prefazione* a L. NOTA (a cura di), *La passione per la verità. Come contrastare fake news e manipolazioni e costruire un sapere inclusivo*, Milano, 2020.

<sup>70</sup> Così A. FUGGETTA, *Cittadini ai tempi di Internet. Per una cittadinanza consapevole nell'era digitale*, Milano, 2018, pp. 25-26.

politiche estranee alla concezione tradizionale di agorà democratica, in condizioni solo illusoriamente paritarie in cui tiranneggiano «aristocrazie del web»<sup>71</sup> e «poteri selvaggi»<sup>72</sup>.

Infatti, non siamo in presenza di una completa disintermediazione, con l'utente-cittadino solo di fronte alle informazioni che fluiscono nel web: anzi, «l'enorme disponibilità di informazioni in rete sarebbe poco più che una vana promessa, come a dire, un'informazione impossibile, se non ci fosse l'intermediazione dei portali che raccolgono, filtrano, ordinano e rendono in pochi secondi disponibili l'informazione su una certa materia»<sup>73</sup>.

È questo, insomma, il problema degli intermediari, dei *gatekeepers* che detengono le chiavi delle informazioni nell'immenso e sterminato universo della rete<sup>74</sup>.

Non a caso, si è guardato con interesse al progetto Quaero, avviato in passato dal presidente francese Chirac con l'obiettivo di «costituire un grande portale pubblico»<sup>75</sup> che si affianchi ai grandi portali privati. In ogni caso, è proprio rispetto a questi ultimi che si pone un gigantesco problema di regolazione, stante la possibilità dei motori di ricerca di controllare, selezionare e diffondere le informazioni sul web.

<sup>71</sup> Si rimanda a F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, in *Gnosis – Rivista italiana di Intelligence*, 2014, p. 65.

<sup>72</sup> L'espressione rinvia al titolo di un'insigne opera di Luigi Ferrajoli. Per approfondimenti, L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi*, Roma-Bari, 2011. I poteri selvaggi del web, a ben vedere, sono oggi espressione del c.d. capitalismo della sorveglianza (cfr. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019): «è diventato davvero difficile sfuggire a un mercato dotato di tentacoli che si estendono dovunque: l'indottrinamento degli innocenti giocatori di Pokemon Go; l'atto di mangiare, bere e fare acquisti in ristoranti, bar, fast food e negozi che pagano per avere una parte nel mercato dei comportamenti futuri; la spietata espropriazione del surplus dai profili Facebook per delineare i profili individuali (...); fino alle elezioni della settimana prossima. Come il capitalismo industriale era spinto dalla continua crescita dei mezzi di produzione, così il capitalismo della sorveglianza e i suoi operatori di mercato sono costretti ad accrescere continuamente i mezzi per la modifica dei comportamenti e il potere strumentalizzante».

<sup>73</sup> Con queste parole si esprime autorevolmente S. RODOTÀ, *Il diritto all'informazione*, in *IKON – Forme e processi del comunicare*, 2006, n. 2, p. 22.

<sup>74</sup> Su questo tema si rinvia all'autorevole contributo di G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, n. 1.

<sup>75</sup> Si veda S. RODOTÀ, *Il diritto all'informazione*, cit., p. 21.

In proposito, si può certo condividere l'ipotesi di chi ritiene necessario definire un sistema di autoregolazione, partendo (sempre) dall'assunto che «i diritti da proteggere online sono gli stessi da assicurare offline»<sup>76</sup>.

Tuttavia, va necessariamente sottolineato che l'autoregolazione è una condizione necessaria ma non certamente sufficiente: anzi, sarebbe illusorio pensare che siano proprio quei poteri selvaggi di cui *supra* a regolare spontaneamente la propria azione su scala globale. Non sbaglia, allora, autorevole dottrina<sup>77</sup> nel rivolgere critiche al pensiero di Gunther Teubner<sup>78</sup>, secondo il quale la regolamentazione della rete dovrebbe essere «solo il frutto della stessa società civile e delle dinamiche sociali ed economiche da essa prodotte», con la conseguenza, però, di superare in tal modo, «la logica politica degli Stati per imporre nella sostanza il dominio dei regimi privati globali, vale a dire di quel diritto prodotto esclusivamente dagli stessi portatori degli interessi settoriali del mercato»<sup>79</sup>.

La tesi di Teubner, infatti, come notava anche Rodotà, conduce ad una sorta di «medioevalismo istituzionale»<sup>80</sup> che «rivela l'incapacità di elaborare categorie interpretative atte a far fronte ai problemi del presente»<sup>81</sup>.

Quindi, le conclusioni del rapporto *Freedom of expression, media and digital communications* della Commissione Europea (2012), secondo cui – nonostante la concentrazione di un amplissimo potere nelle mani di “pochi giganti del web” – la rete «ha anche espanso la libertà di veicolare contenuti e messaggi ben oltre i confini nazionali della carta stampata, rendendo pressoché impossibili regimi di pseu-

<sup>76</sup> P.E. ROZO SORDINI, *La libertà di espressione nell'era digitale: disciplina internazionale e problematiche*, cit., p. 12.

<sup>77</sup> Tra gli altri, F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, cit.

<sup>78</sup> G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.

<sup>79</sup> Così F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, cit., p. 66.

<sup>80</sup> In questi termini S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet*, in *Politica del diritto*, 2010.

<sup>81</sup> Così F. GALLO, *Il futuro non è un vicolo cieco. Lo Stato tra globalizzazione, decentramento ed economia digitale*, Palermo, 2019, p. 135.

do-censura»<sup>82</sup>, nondimeno non devono farci obliterare la necessità di una forma di regolamentazione nazionale e internazionale (e di apposite Autorità garanti, nazionali e internazionali) diretta a garantire i diritti fondamentali dagli interessi di poteri selvaggi estranei al circuito democratico-costituzionale, dal rischio di una «*tyrannie du nombre*»<sup>83</sup> o di una «dittatura dell'algoritmo»<sup>84</sup>.

Se, quindi, secondo il tradizionale insegnamento, «i principali passaggi dello sviluppo tecnologico sono comunemente collegati a tre innovazioni di rilievo (l'applicazione dell'informatica alle comunicazioni, l'introduzione di nuovi mezzi di trasmissione dei segnali, il passaggio dal sistema analogico a quello digitale)»<sup>85</sup>, il principio di legalità impone che sia il legislatore a regolare l'esercizio delle funzioni, ma nel quadro segnato da un elevato flusso di dati capaci di irradiarsi a velocità elevate, si deve, necessariamente, tener conto del dilemma derivante dalla carenza di un'organica regolamentazione della normativa di settore.

Nessun dubbio si profila pertanto in merito all'auspicio dell'introduzione di una disciplina organica di tale materia nel rispetto della regola di legalità, considerando che nell'epoca attuale il governo della rete è divenuto pressoché essenziale. In tale quadro, la tutela del dissenso diventa parimenti importante, in quanto indice fondamentale della tenuta democratica di un Paese.

Ciò anche in considerazione della circostanza per cui il riconoscimento di consolidate libertà, tra cui la libertà di espressione, sembra

<sup>82</sup> In tal modo si esprime G. De VERGOTTINI, *La libertà di pensiero è sempre attuale?*, cit., p. 10. Il Consiglio dell'UE ha anche affermato che «la qualità e la diversità dei contenuti europei sono inerenti all'identità europea ed essenziali per la democrazia e l'inclusione sociale», invitando, nel rispetto delle proprie competenze, gli Stati membri e la Commissione europea ad affrontare le sfide derivanti dall'utilizzo delle tecnologie digitali e online. Cfr. *Conclusioni del Consiglio sul rafforzamento dei contenuti europei nell'economia digitale*, 2018/C 457/02, in GGUE C 457 del 19.12.2018.

<sup>83</sup> Così D. ROUSSEAU, *L'équivoque référendaire*, 22 aprile 2014, in <http://www.laviedesidees.fr>.

<sup>84</sup> Espressione usata da M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, n. 2, pp. 275-314.

<sup>85</sup> Così M. BETZU, *Comunicazione, manifestazione del pensiero e tecnologie polifunzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 516.

giocare a favore degli individui appartenenti a minoranze razziali, etniche e religiose, essendo uno strumento di riaffermazione e rivendicazione della propria appartenenza<sup>86</sup>.

Anche la giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, come osserva autorevole dottrina<sup>87</sup>, è in pedissequo movimento, essendo chiamata, di volta in volta, a supplire alle insufficienze di un legislatore forse poco meticoloso sul piano della regolamentazione della specifica disciplina di settore.

È, quindi, auspicabile la predisposizione di una normativa, a livello interno e sovranazionale<sup>88</sup>, che tuteli il pluralismo esterno e la libera concorrenza fra gli operatori per far fronte all'inarrestabile e capillare processo di diffusione dei dati tramite internet e i social media, che pongono sì il cittadino in una condizione privilegiata (per la facilità di accesso alle informazioni in maniera rapida e diretta), ma al contempo riflettono il problema della delicata conciliazione tra l'accesso alle informazioni e tutti gli altri diritti fondamentali, ivi compreso il diritto alla privacy.

Tuttavia, com'è stato osservato, la semplice predisposizione di una normativa in materia non è da sola sufficiente ed esaustiva, in assenza di norme chiare e idonee a garantire al cittadino la piena ed ampia partecipazione alla vita pubblica.

E proprio in relazione alla partecipazione alla vita civile e politica, non va dimenticato l'importante dibattito emerso in ordine al tema della c.d. *e-democracy* e ad un possibile superamento della logica rappresentativa in favore di esperimenti di democrazia diretta elettronica.

In proposito, non si possono non cogliere rilevanti criticità, manifestando perplessità rispetto a chi tenti di ridisegnare il costituzionalismo moderno nell'ottica di una democrazia 2.0. E non sono solo le precedenti considerazioni sugli ostacoli all'effettività del diritto di

<sup>86</sup> G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, 2008, p. 294.

<sup>87</sup> G. DE VERGOTTINI, *La libertà di pensiero è sempre attuale?*, cit., p. 14.

<sup>88</sup> Si segnala a tal proposito l'iniziativa legislativa dei cittadini europei registrata nell'agosto 2013, finalizzata alla parziale armonizzazione delle legislazioni nazionali, che, però non ha trovato un numero sufficiente di firme per essere sottoposta alla Commissione europea: [https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2013/000007\\_it](https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2013/000007_it).

accesso alla rete e sul ruolo dei grandi portali privati del web ad indurre a posizioni critiche.

Oltre a ciò, infatti, occorre tenere a mente i rischi di aggravamento di quella che Bernard Manin definisce la «democrazia del pubblico»<sup>89</sup>, nella direzione di un uso massiccio della rete a scopi meramente propagandistici e funzionali alle esigenze di vecchi e nuovi movimenti dalle venature populiste, appiattiti nell'estrema personalizzazione dei rispettivi leader-demagoghi. Inoltre, non vanno trascurati i pericoli della disintermediazione<sup>90</sup>, che sfavorisce la discussione pubblica rinchiudendo gli utenti in una *filter bubble*<sup>91</sup> senza dialettica e senza possibilità di orizzonti diversi. Ma, oltre alle problematiche relative allo “strumento” della rete, non bisogna trascurare le sfide che la democrazia diretta digitale potrebbe offrire al “metodo” democratico:

<sup>89</sup> B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, 2010. Sullo stesso tema si rinvia di nuovo a F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, cit., p. 62.

<sup>90</sup> Sui pericoli della disintermediazione, vedasi F. GALLO, *Il futuro non è un vicolo cieco. Lo Stato tra globalizzazione, decentramento ed economia digitale*, cit., p. 132, che – a proposito dei social network – afferma: «La creazione sul web di gruppi in base a legami di affinità tra amici e di ostilità contro comuni nemici, avviene, infatti, fuori dal tradizionale circuito politico, produce appunto disintermediazione e riduce la possibilità di incontro tra opposti schieramenti e, quindi, allarga la frattura fra le comunità».

<sup>91</sup> L'espressione è stata coniata da ELI PARISIÈR, autore del volume *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You* (per l'ed. it., vedasi *Il filtro. Quello che internet ci nasconde*, Milano, 2012). Con *filter bubble* si intende il fenomeno di personalizzazione delle ricerche dei siti web, con il risultato della “chiusura” e dell'isolamento dell'utente in una bolla di informazioni non conflittuali, senza possibilità di confronto dialettico e di ampliamento degli orizzonti culturali. Sul legame tra *filter bubble*, comunità chiuse e *fake news*, si segnalano le seguenti osservazioni, tratte dalla Relazione Annuale 2019 dell'AGCOM, relative ad un'indagine di studi, culminata in un rapporto, condotta nel novembre 2018: «Muovendo all'analisi dei fenomeni di c.d. “viralizzazione” del contenuto *fake*, il rapporto ne chiarisce il legame con le modalità di consumo informativo sulle piattaforme online. Specie per le tematiche individuate come oggetto di disinformazione, la viralizzazione avviene per lo più all'interno di comunità chiuse e distinte, in cui gli utenti tendono a selezionare le informazioni che sono coerenti con il proprio sistema di credenze, ignorando quelle discordanti» (Per ulteriori approfondimenti, si rimanda a “News vs. Fake nel sistema dell'informazione”, Interim Report, Indagine Conoscitiva, Del. 309/16/CONS).

il rischio di “far votare tutti su tutto”, ma di “votare soltanto”, senza “conoscere, discutere, progettare, controllare”, tutte «funzioni, queste, che verrebbero concentrate nelle mani di gruppi ristretti»<sup>92</sup>.

E allora, di fronte a questo scenario, appaiono profetiche le considerazioni svolte da Carl Schmitt nella *Dottrina della Costituzione*: «Potrebbe immaginarsi che un giorno per mezzo di ingegnose invenzioni ogni singolo uomo, senza lasciare la sua abitazione, con un apparecchio possa continuamente esprimere le sue opinioni sulle questioni politiche e che tutte queste opinioni vengano automaticamente registrate da una centrale, dove occorre solo darne lettura. Ciò non sarebbe affatto una democrazia particolarmente intensa, ma una prova del fatto che Stato e pubblicità sarebbero totalmente privatizzati. Non vi sarebbe nessuna pubblica opinione, giacché l’opinione così concorde di milioni di privati non dà nessuna pubblica opinione, il risultato è solo una somma di opinioni private. In questo modo non sorge nessuna volontà generale (...), ma solo la somma di tutte le volontà individuali (...)»<sup>93</sup>. La democrazia, insomma, non è la conta dei voti, non può ridursi alla mera sommatoria aritmetica delle preferenze dei singoli (ed è questa una grande illusione figlia dell’altrettanto perigliosa illusione neoliberista della “sovranità” dell’individuo-consumatore), non è – chiosa Pallante<sup>94</sup> – la «figlia stupida della matematica», ma esige dinamica, dialettica, crescita e scambio, conflitto e mediazione.

Insomma, è questo il rischio di svuotare di senso la democrazia stessa, basata sull’idea del *government by discussion* e sull’etica del discorso habermasiana, e che si nutre dell’apporto fondamentale di quelle formazioni sociali in cui liberamente si svolge la personalità umana. Una democrazia elettronica, quindi, *rebus sic stantibus* (considerati, cioè, i pericoli attuali del web, che al momento vedono ancora poche risposte sul piano giuridico), potrebbe indirizzarsi verso un “modello distopico”, il cui fulcro sarebbe da rinvenirsi in un’«agorà digitale imperscrutabile [...] utilizzata dai poteri reali, pubblici

<sup>92</sup> Così S. RODOTÀ, *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997, p. 166.

<sup>93</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, pp. 321-322.

<sup>94</sup> Per ulteriori approfondimenti, vedasi il recentissimo F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, Torino, 2020.

e privati, per il perseguimento di fini sostanzialmente illegittimi ma non comprensibili dal *demos*, che può essere così sorvegliato e manipolato»<sup>95</sup>. Un plebiscitarismo elettronico<sup>96</sup>, a ben vedere, più che una *democrazia*.

Dunque, in conclusione, non possiamo non condividere l'opinione di chi ritiene «opportuno predisporre misure adeguate ad arginare quella frammentazione sociale ingenerata dal progressivo venir meno degli intermediari di interesse generale che (...) finisce per impoverire i luoghi del confronto tra opinioni contrastanti»<sup>97</sup>. Un'affermazione, questa, che assume gran rilievo non solo in ordine ai profili di criticità prima analizzati, ma anche rispetto allo stesso mutamento esistenziale della nozione di libertà di informazione, che – proprio in seguito allo straordinario «ampliamento delle potenzialità comunicative» – «perde (...) i tratti di un diritto professionale, per assumere quelli di un diritto per l'appunto “reticolare”, esercitabile tanto attraverso manifestazioni del pensiero quanto mediante comunicazioni intersoggettive»<sup>98</sup>.

In altre parole, dobbiamo essere consapevoli che «la circolazione delle informazioni non è più completamente mediata dagli attori tradizionali, ma in gran parte rimessa alle potenzialità tecno-comunicative del singolo»<sup>99</sup>.

Insomma, l'ancoraggio costituzionale della libertà di informazione oscillerebbe sempre di più tra l'articolo 15 e l'articolo 21, con la conseguenza possibile di una duplicità di ambiti applicativi. Proprio per

<sup>95</sup> Si rimanda a G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Padova, 2017, p. 385. In particolare, l'autore individua tre possibili modelli di democrazia elettronica: «uno ideale (o utopistico), in prospettiva evolutiva ed integrata, che richiede ulteriori avanzamenti tecnologici; uno distopico, in prospettiva involutiva ed apocalittica, per mettere in luce le eventuali conseguenze negative di un progresso tecnologico non costituzionalmente orientato e ciò nonostante integrato nella democrazia; uno realistico, realizzabile sin d'ora utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione disponibili» (vedasi p. 373). Abbiamo fatto riferimento, nel testo, al modello distopico (il secondo, nella tassonomia dell'A.) per mettere in guardia da facili (e ingenui) prospettive ottimistiche.

<sup>96</sup> L'espressione è usata da G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, cit., p. 388.

<sup>97</sup> In questi termini si esprime M. BETZU, *Comunicazione, manifestazione del pensiero e tecnologie polifunzionali*, cit., pp. 519-520.

<sup>98</sup> *Ivi*, p. 519.

<sup>99</sup> *Ibidem*.



questo – e per rispondere alle crescenti sfide provenienti dalla rete verso il trinomio «libertà di informazione, democrazia, rappresentanza» – la dottrina deve continuare a interrogarsi criticamente, affinché gli attori politici e legislativi, a livello nazionale e sovranazionale, opportunamente stimolati, adeguino la normativa vigente nell’ottica di una crescente tutela dei diritti fondamentali degli individui e della piena salvaguardia del circuito democratico. Una direzione, questa, intrapresa dal legislatore comunitario con notevole attenzione, come dimostrano gli esempi della direttiva SMAV e del Regolamento generale sulla protezione dei dati. Una strada, dunque, che va seguita con forza e coraggio, nella visione della centralità della persona umana, delle sue esigenze, dei suoi bisogni e delle opportunità del suo pieno sviluppo.

#### 4. È possibile un (nuovo) modello di regolamentazione multilevel?

Cercando di tracciare le linee direttrici di questa “strada”, si può tentare di presentare uno schema-base, a partire dal quale muovere un ragionamento *de iure condendo*.

La premessa è che la dimensione delle rete è quella planetaria, «dove diritti senza terra vagano alla ricerca di un costituzionalismo globale che dia loro ancoraggio e garanzia»<sup>100</sup>.

La conseguenza è che in questa dimensione, profondamente diversa da quella tradizionale, interagiscono una molteplicità di soggetti, a livelli diversi, in genere con meccanismi caratterizzati da una bassa formalizzazione, ma non per questo meno efficaci.

È indispensabile, allora, che una pluralità di attori possa dialogare e mettere a punto regole comuni, secondo un modello *multilevel*: «dunque una costruzione del diritto per espansione, orizzontale, un insieme di ordini giuridici correlati, quasi una costituzione infinita»<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> Così, S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet*, cit., p. 339.

<sup>101</sup> S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet*, cit., p. 343, il quale peraltro ribadisce che in questo campo non si può solo lasciare spazio all’iniziativa di soggetti privati, i quali tendenzialmente offriranno solo le garanzie compatibili con i loro interessi: la libertà in rete, infatti, non vale solo contro l’invadenza degli Stati, ma si proietta anche verso i nuovi «signori dell’informazione» che, attraverso le gigantesche raccolte di dati, governano le nostre vite.

Sotto questo profilo, nemmeno va sottovalutato che un significativo apporto può essere dato dai soggetti interessati: poche comunità, come quella degli utenti di internet, hanno una struttura altrettanto orizzontale e poliarchica, che consente un certo ruolo per fenomeni di autoregolazione<sup>102</sup>.

Seguendo questa impostazione, lo schema di intervento potrebbe allora idealmente dividersi in tre punti-chiave.

#### 4.1. (segue) *Riconoscimento formale di nuovi diritti*

Partiamo dal livello costituzionale, e dalla necessità di *positivizzare* nuovi diritti.

La rete ha certamente acquisito una rilevanza costituzionale: molte delle classiche libertà costituzionali si intrecciano ad essa, vi trovano un presupposto di realizzazione. E nuovi diritti si affermano grazie allo sviluppo della rete.

Le nuove tecnologie, dunque, hanno implicazioni giuridiche tali che se ne può predicare la valenza costituzionale<sup>103</sup>.

Si pensi, in modo particolare, al diritto di accesso ad Internet<sup>104</sup> (tra l'altro sulla scia di alcune esperienze costituzionali prima accennate), seguendo la lezione di Stefano Rodotà. Intendendosi questo diritto non soltanto come «diritto ad essere tecnicamente connessi alla rete, bensì come espressione di un diverso modo d'essere della persona nel mondo»<sup>105</sup>, appare apprezzabile il testo del disegno di

<sup>102</sup> D. DE LUNGO, *Internet tra democrazia e diritti costituzionali. Contributo al dibattito sull'educazione alla cittadinanza digitale*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 4, p. 7.

<sup>103</sup> F. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Politica del diritto*, fasc. 2-3, giugno-settembre 2012, p. 276.

<sup>104</sup> Su questo tema, si rimanda – oltre che alle considerazioni prima formulate, ed alle relative note bibliografiche – a M. PIETRANGELO, *Il diritto di accesso a Internet*, Napoli, 2011; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Politica del diritto*, 2011, n. 3; M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi di costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet*, cit.

<sup>105</sup> Così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 384. Lo stesso illustre Autore ha sottolineato che «qualificare l'accesso a Internet come diritto fondamentale è un riflesso della funzione assegnata a tale diritto come condizione necessaria per l'effettività di altri diritti fondamentali – in particolare per il diritto alla libera costruzione della personalità e per la libertà di espressione» (S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, *Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, pp. 467-468).

legge costituzionale n. 2485 presentato nell'ormai lontano 2010, proponente la formulazione di un articolo 21-*bis* Cost. in questi termini: «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale».

È stato felicemente definito come un classico intervento di «manutenzione» costituzionale, che opererebbe all'interno del sistema costituzionale dato<sup>106</sup>.

Ha fatto poi seguito la presentazione il 17 febbraio 2014 del disegno di legge costituzionale n. 1317, che prevedeva di inserire nell'art. 21 Cost. un secondo comma così formulato: «Tutti hanno il diritto di accedere liberamente alla rete internet. La Repubblica rimuove gli ostacoli di ordine economico e sociale al fine di rendere effettivo questo diritto. La legge promuove e favorisce le condizioni per lo sviluppo della tecnologia informatica».

Riprendere questo percorso di riforma è quanto mai necessario, sia pure con i dovuti correttivi<sup>107</sup>, tenendo presente che, forse, data

<sup>106</sup> Così, G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit., p. 374. A questo proposito, si veda anche, con riguardo alla estensione delle garanzie dell'art. 21 Cost. alle testate giornalistiche on-line, il contributo di P. CARETTI, *La Cassazione pone, meritoriamente, alcuni punti fermi in tema di regolazione dell'informazione via internet*, in *Quaderni Cost.*, 2015, n. 4, pp. 1013 e ss.

<sup>107</sup> In proposito, si segnalano le osservazioni di Azzariti: «La formulazione indicata da Stefano Rodotà mi appare particolarmente felice (...). Devo solo dire che non capisco perché si voglia introdurla come articolo a sé (articolo 21 bis) e non invece inserirla come comma aggiuntivo all'interno dell'esistente articolo 21. A me sembra che il diritto d'accesso alla rete rappresenti una specificazione del più generale diritto alla libera manifestazione del pensiero. Meglio allora inserire l'emendamento proposto al secondo comma dell'art. 21, dopo l'enunciazione generale del principio di manifestazione del pensiero (espressa nel comma 1), come sua specificazione nel campo dell'informatica e nuove tecnologie (comma 2), prima delle più minute regolamentazioni relative alla stampa (attuali commi 2-5), anch'essa espressione di una modalità di manifestare il pensiero. Rimarrebbe – a mio modo di vedere – un'anomalia nell'articolato costituzionale. Mancherebbe ogni riferimento alla comunicazione radiotelevisiva: si passerebbe dalle ultime tecnologie (internet) a quelle tradizionali (la stampa), mentre nulla si direbbe sulle televisioni. Un vuoto di regolazione costituzionale difficilmente spiegabile (e forse politicamente inquietante). Ma questo è un altro discorso» (G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit.). Sul punto, cfr. anche il disegno di legge di revisione costituzionale n. 3487 del 2012.

la sfida del *digital divide* e la natura complessa di Internet (che non è soltanto un mezzo per manifestare il proprio pensiero), è più opportuno qualificare il diritto in esame anche come un diritto sociale<sup>108</sup>, sulla scia dei più recenti Ddl. Cost. S. n. 1561 del 10 luglio 2014<sup>109</sup> e Ddl. Cost. C. n. 2816 del 14 gennaio 2015<sup>110</sup> sull'introduzione in Costituzione dell'art. 34 *bis* e delle considerazioni di attenta dottrina<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> In questo senso, per esempio, F. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet*, cit., p. 284, secondo cui «La strada di maggiore interesse, dunque, è quella di qualificare Internet come diritto sociale. In quest'ottica, il cittadino-utente vanterebbe la pretesa nei confronti dei pubblici poteri ad ottenere (la «scolarizzazione», nonché) le infrastrutture necessarie ad accedere alla rete, in condizioni non discriminatorie e con un livello qualitativo predefinito».

<sup>109</sup> Disegno di legge costituzionale n. 1561 del 10 luglio 2014, art. 1: Dopo l'articolo 34 della Costituzione è inserito il seguente: «Art. 34-bis. – Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete *internet*, in modo neutrale, in condizione di parità e con modalità tecnologicamente adeguate. La Repubblica promuove le condizioni che rendono effettivo l'accesso alla rete *internet* come luogo ove si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà politica, economica e sociale».

<sup>110</sup> Il testo, composto anche in questo caso da un solo articolo, è identico a quello del disegno di legge costituzionale n. 1561 del 10 luglio 2014.

<sup>111</sup> Sul punto si rimanda alle considerazioni in apertura del presente paragrafo, oltre a M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi di costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet*, cit., p. 8, secondo cui l'accostamento concettuale fra il diritto di accesso a Internet e l'art. 21 Cost., che nel suo primo comma richiama la generalità dei mezzi di diffusione del pensiero, evidentemente presuppone una concezione di Internet come mezzo di comunicazione. Concezione che, però, appare all'A. in questione riduttiva, considerando che il progresso tecnologico ha sviluppato a tal punto le potenzialità esplicabili attraverso le reti digitali, che esse non possono più essere considerate mezzo/strumento di diffusione di contenuti, ma mondo/ecosistema/ambiente in cui l'individuo svolge la propria personalità, in un multiforme contesto relazionale e interattivo. Per questo, soprattutto dopo l'avvento del *web 2.0*, l'ancoraggio di Internet alla libertà di espressione è apparso sempre più inadeguato a coprire il multiforme novero delle attività che si possono svolgere *online*. Inoltre, al di là di queste caratteristiche proprie di Internet, la sua equiparazione a un mezzo di comunicazione si scontra comunque con quanto ribadito più volte dalla Corte costituzionale, a partire dalla storica sentenza n. 59 del 1960 relativa al sistema radiotelevisivo: al principio di libera manifestazione del pensiero non corrisponde il diritto di libera utilizzazione dei mezzi di comunicazione. Se dunque Internet fosse un mezzo, non si capirebbe perché, a differenza di tutti gli altri mezzi di comunicazione, proprio per Internet dovrebbe potersi configurare un diritto alla sua libera

Le due strade di rivisitazione costituzionale non sono necessariamente alternative, ma possono essere tra loro fruttuosamente integrate: il diritto di accesso a Internet, infatti, si presenta con caratteri diversi, tanto da essere stato efficacemente definito “Giano bifronte”<sup>112</sup>, che a seconda di come lo si guardi mostra ora il volto della libertà individuale ora quello del diritto sociale.

Sul piano della legislazione ordinaria, poi, sarebbe auspicabile un intervento deciso sui temi dell’educazione digitale: il collegamento tra diritto di accesso ad Internet e diritto all’istruzione, infatti, è particolarmente stretto, nell’ottica del superamento di quei tanti “ostacoli di ordine economico e sociale” in cui si concretizza il *digital divide*.

Da questo punto di vista, non v’è dubbio che, soprattutto laddove si configuri a livello costituzionale l’accesso alla rete ed ai mezzi informatici come diritto sociale, strumentale all’esercizio di altri diritti fondamentali, vada incoraggiata ogni iniziativa legislativa ordinaria che sia diretta a garantire su tutto il territorio nazionale, attraverso misure generali ed omogenee, un livello minimo di accesso alla utilizzazione della rete in termini di strumenti, risorse ed infrastrutture, in quanto misura diretta ad assicurare un livello essenziale di diritti sociali.

La configurazione del diritto di accesso nelle forme del diritto sociale, infatti, richiede – al di là della espressa copertura costituzionale – il riconoscimento del legislatore ordinario, anche in considerazione delle disponibilità finanziarie<sup>113</sup>.

In proposito, appaiono particolarmente significative alcune proposte di legge attualmente in discussione<sup>114</sup>.

La pretesa di accedere a Internet, dunque, potrà essere fatta valere solo se ed in quanto l’ordinamento di riferimento la garantisca;

utilizzazione. La conclusione di ALLEGRI è che, quindi, l’art. 21 Cost. non sembra essere la sede più idonea per la previsione del diritto di accesso a Internet. Si veda anche A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009.

<sup>112</sup> M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi di costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet*, cit., p. 8.

<sup>113</sup> F. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell’accesso a Internet*, cit., p. 285.

<sup>114</sup> Sul punto specifico, si rinvia più compiutamente a D. DE LUNGO, *Internet tra democrazia e diritti costituzionali. Contributo al dibattito sull’educazione alla cittadinanza digitale*, cit.

l'assenza di un riconoscimento costituzionale e/o legislativo non consentirà di fondare una pretesa giuridicamente rilevante in capo a chi non disponga dell'accesso alla rete<sup>115</sup>.

#### 4.2. (segue) *La dimensione globale*

Se, come detto prima, la dimensione di internet è planetaria, allora anche la regolamentazione giuridicamente efficace deve tendere ad essere globale.

Non v'è chi non veda che la sola affermazione di un principio generale non esaurisca l'ambito della tutela necessaria dei diritti; come pure la predisposizione di una disciplina organica da parte di un solo Paese sarebbe destinata ad infrangersi contro la capacità di internet di varcare i confini.

La costituzionalizzazione della Rete significa porre i diritti fondamentali collegati al suo sviluppo ed alla sua fruizione al centro del potere informatico non solo degli Stati, ma anche delle organizzazioni di Stati<sup>116</sup>.

Pur tuttavia, quella di una "costituzione globale", che teoricamente valga a livello planetario, è una categoria astratta.

Da più parti, allora, è stata indicata la strada della definizione di Carte internazionali di principi elaborate dai diversi attori non necessariamente istituzionali, ma anche espressione della società civile globale. Carte che non possiedono una capacità costringitiva, ma che hanno però valore sia culturale sia giuridico<sup>117</sup>.

Sotto questo secondo profilo, in particolare, è stata sottolineata la opportunità di riconoscere che ormai il giuridico non può ridursi all'imperatività della norma e che vi sono diversi piani del giuridico che tutti concorrono alla definizione delle regole di comportamento

<sup>115</sup> V. F. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet*, cit., p. 286.

<sup>116</sup> F. GALLO, *Democrazia 4.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 1, p. 495.

<sup>117</sup> Da questo punto vista, G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit., p. 377, osserva condivisibilmente: «Vorrei anche aggiungere che forse è un bene non s'impongano come costituzioni sul piano globale, poiché l'idea del costituzionalismo cosmopolitico ha un fondamento etico che è sempre a rischio di colonialismo culturale e foriero di visioni olistiche».

e alla regolamentazione di interi settori. Le Carte operano appunto sul piano persuasivo, quello proprio dell'argomentazione, con un'incidenza sul ragionamento giuridico.

Il loro valore giuridico deriva dal fatto che indicano un modello sociale e politico di riferimento e che, nell'attesa di un accordo globale internazionale, di là da venire, dovrebbe essere destinato ad operare quanto meno sul piano della sensibilizzazione, dell'interpretazione e del ragionamento giuridico e dovrebbe per questa via passare attraverso una presa di coscienza collettiva, anche se faticosa e lenta<sup>118</sup>.

#### 4.3. (segue) *Garanzie e controlli*

Questo è forse il piano di maggiore delicatezza e complessità, atteso che appare quanto mai necessario, come osserva autorevole dottrina, «rafforzare i meccanismi, anche autoritativi (Agcom, Garante privacy, Agcm) di controllo dei contenuti e delle fake news»<sup>119</sup>. Anzi, in direzione ancora più decisa, sarebbe auspicabile l'istituzione di una Autorità Garante *ad hoc*, ovvero sia di un'Autorità Garante per Internet, che assuma poteri ora ripartiti (ma senz'altro da potenziare) tra AGCOM, AGCM e Garante per la privacy: i profili della tutela dei diritti fondamentali, a partire dal diritto alla privacy, e della tutela della concorrenza richiedono un'azione integrata, coordinata, che appare quanto mai necessaria ove si considerino le strette connessioni che intercorrono tra abusi concorrenziali da parte dei giganti del web e la lesione dei diritti fondamentali degli individui.

Di non poco interesse risulta anche la condivisibile proposta di chi pensa a sistemi di controllo di natura sussidiaria ed eventuale rispetto a, sempre auspicabili, sistemi di autoregolazione delle piattaforme digitali<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> F. GALLO, *Democrazia 4.0*, cit., pp. 497-498. In questa ottica ricorda, ancora, S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet*, cit. p. 350, che occorre muovere dalla constatazione che l'effettiva tutela dei diritti non è più necessariamente affidata ai tradizionali procedimenti giudiziari, ma può essere resa possibile da iniziative che, partendo dalla società civile e avendo come riferimento documenti internazionali, riescono a rendere concrete le garanzie.

<sup>119</sup> Così B. CARAVITA DI TORITTO, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 2, Editoriale.

<sup>120</sup> Cfr., diffusamente, G. PITRUZZELLA *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., pp. 25 e ss.

Si tratta dell'introduzione di Istituzioni specializzate, terze e indipendenti (giudici o autorità indipendenti) che, sulla base di principi predefiniti, intervengano successivamente, su richiesta di parte e in tempi rapidi, per far rimuovere dalla rete quei contenuti che sono palesemente falsi o illegali o lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana.

Un intervento *ex post*, in un'ottica meramente sussidiaria, che opererebbe in seconda battuta rispetto alle autoregolazioni, basate sulla responsabilità sociale delle piattaforme.

Chi indica questa possibilità non si nasconde la complessità del problema, sempre connessa alle conseguenze di una regolazione, che può comportare il rischio di introdurre surrettiziamente una "censura mascherata" o di limitare il controllo diffuso sul potere (politico ma anche economico) che la rete ha certamente rafforzato. Ma la delicatezza delle questioni impone, al tempo stesso, di interrogarci sulle tradizionali categorie concettuali, che devono essere adeguate ad una realtà nuova.

Questa soluzione sarebbe preferibile perché eviterebbe di dover fare affidamento su formule di controllo dei contenuti in Rete che implicano il filtraggio dei contenuti stessi e la moderazione *ex ante*. Tale evenienza contiene molti rischi, insiti nella delega a soggetti privati di una censura, cui si fornirebbe così il potere di decidere cosa possa apparire sulla Rete.

Più utile, dunque, è una forma di co-regolamentazione che affidi *in primis* alle stesse piattaforme digitali il rispetto dei contenuti e delle regole del discorso pubblico<sup>121</sup>, confidando nel loro impegno

<sup>121</sup> La previsione di una responsabilità dei gestori delle piattaforme informatiche, che contempla l'obbligo di effettuare un costante monitoraggio dei contenuti e di rimuovere gli stessi quando non attendibili, era contenuta nel Disegno di legge n. 2688, presentato al Senato della Repubblica il 7.2.2017 ("Disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione *online*, garantire la trasparenza sul *web* e incentivare l'alfabetizzazione mediatica"), ma nel contesto di una iniziativa legislativa mirante più che altro a stabilire nuove sanzioni penali – peraltro di dubbia legittimità costituzionale – e che tradiva una concezione funzionalistica della libertà di manifestazione del pensiero. «In particolare, l'art. 1 del d.d.l. mirava ad introdurre nel Codice un art. 656-bis, ai sensi del cui comma 1 "Chiunque pubblica o diffonde, attraverso piattaforme informatiche destinate alla pubblicazione o diffusione di informazione presso il pubblico, con mezzi prevalentemente elettronici o comunque



etico e nella costruzione di una serie di *best practices*, e prevedendo, tuttavia, un rigoroso controllo *ex post* sul loro operato nella forma di appello a un soggetto pubblico terzo e imparziale.

Alle piattaforme digitali sarebbe dunque, concretamente, solo richiesto di applicare sistemi di moderazione contenutistica conformi ai dettati costituzionali. In questo contesto certamente il ruolo del potere pubblico non può eclissarsi o limitarsi a dettare i principi-guida, ma deve essere presente in procedimenti *ex post* di controllo<sup>122</sup>.

A livello sovranazionale – il che assume straordinaria rilevanza in conseguenza delle summenzionate caratteristiche di Internet come catalizzatore dei processi di globalizzazione – si potrebbe, infine, ipotizzare, accanto al potenziamento del ruolo del Garante europeo per la protezione dei dati<sup>123</sup> (rimasto alquanto secondario nonostante l’approvazione del GDPR<sup>124</sup>), l’istituzione di un’Autorità europea di

telematici, notizie false, esagerate o tendenziose che riguardino dati o fatti manifestamente infondati o falsi, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l’ammenda fino a euro 5.000”. Al di là dell’infelice e ridondante formulazione della disposizione, si vede che, in questo caso, la sanzione penale puniva il falso tout court, a prescindere da qualunque espresso collegamento con la lesione di beni costituzionalmente rilevanti» (R. PERRONE, *Fake news e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso*, cit., p. 18).

<sup>122</sup> Cfr. M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la Democrazia*, in *Quaderni Cost.*, 2019, n. 4, p. 827 e ss. Si veda anche L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi.it*, 3.4.2019, spec. pp. 10 e ss.

<sup>123</sup> Istituito già nel 2004 con il compito, tra gli altri, di fare da consulente per le istituzioni e gli organi dell’Unione europea su tutti gli aspetti del trattamento dei dati personali e delle relative politiche e legislazioni.

<sup>124</sup> Si veda, al riguardo, A. IANNOTTI DELLA VALLE, *L’età digitale come “età dei diritti”: un’utopia ancora possibile?*, in *Federalismi.it*, 4.9.2019, pp. 12-13, il quale considera che una strada percorribile per garantire l’effettività dell’*hard law* rispetto al multiforme universo del *web* appare appunto quella già intrapresa, in alcuni settori, dal legislatore euro unitario nel campo della protezione dei dati personali con il Reg. 2016/679/UE (GDPR). La circostanza che il Regolamento si applichi a qualsiasi società, a prescindere dall’ubicazione della sede legale, purché si abbia riguardo al trattamento di dati di cittadini residenti nell’Unione Europea, estende notevolmente l’ambito applicativo del diritto europeo ed evita facili elusioni della disciplina. Nel consentire al diritto eurounitario di varcare i confini della stessa Unione Europea, il GDPR fa sì che tale diritto venga “preso sul serio” e che anche i diritti ivi contenuti vengano “presi sul serio”. In sostanza, il metodo adottato dal GDPR, che definisce l’ambito applicativo con il criterio della residenza del soggetto

vigilanza, con funzioni sia di controllo sia di raccordo delle attività delle attuali Agenzie sui diritti fondamentali e sulla cyber-security.

## 5. Conclusioni

Dopo questa analisi, è oltremodo arduo tracciare una conclusione. Se ciò in qualche modo risulta possibile, non può non trattarsi di una conclusione “aperta”. I fenomeni oggetto dell’analisi, infatti, sono in continua (e rapida) evoluzione, offrendo al giurista innumerevoli spunti di riflessione critica ed altrettanti sfide da affrontare per il legislatore.

Allora, tentando di costruire una “circolarità” nella trattazione, può ribadirsi che il rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero, libertà di informazione e democrazia costituisce uno dei temi “classici” su cui si interroga da lungo tempo la dottrina giuspubblicistica. Se il tema è “classico”, allora, esso è “senza tempo” e, come tale, perennemente attuale.

La democrazia, infatti, nasce nell’agorà e vive in essa. La democrazia, cioè, non può prescindere dalla condivisione di pensieri, discorsi, informazioni.

La lezione di Hannah Arendt è eloquente: «la sfera pubblica non è un’acquisizione per sempre, in qualche modo è sempre potenziale perché dipende dalla capacità dei cittadini di condividere azioni e discorsi; pertanto essa deve essere continuamente riattivata ed agita, perché vi sia legame politico tra gli uomini, ovvero potere comune»<sup>125</sup>.

Una lezione, questa, che diventa tanto più significativa quanto più si consideri la delicatezza delle problematiche che involgono Internet, dalle *fake news* alla manipolazione del consenso (le quali rappresentano un rischio per il circuito virtuoso libertà di informazione/democrazia), che richiedono uno strumentario adeguato di garanzie e controlli.

interessato, sembra – secondo l’A. – costituire la strada giusta per provare ad imporre la tutela anche di altri diritti, e soprattutto dei diritti fondamentali, nei confronti dei nuovi operatori economici nell’era di Internet.

<sup>125</sup> Così G. PRETEROSSO (a cura di), *Potere*, Roma-Bari, 2007, p. 165, a proposito di H. ARENDT, *Vita activa*, a cura di A. DAL LAGO, Milano, 2005, pp. 146-149.

E, allora, torna alla mente la lezione di Rodotà: una *Costituzione per Internet*<sup>126</sup>.

Una “Costituzione” che, di fronte alla de-spazializzazione ed all’a-territorialità di Internet – catalizzatore per eccellenza dei processi di globalizzazione – non può non essere “multilivello”, nell’ottica del riconoscimento pieno di “nuovi diritti” e della realizzazione di adeguate garanzie e controlli.

Si è tentato, quindi, con il presente contributo, di offrire alcuni spunti di riflessione, con l’augurio che possano dare altra linfa ad un (già) ricchissimo e vivacissimo dibattito scientifico, sempre nella consapevolezza, riprendendo il detto di Ermogeniano, che *hominum causa omne ius constitutum est*.

<sup>126</sup> Si rimanda, ancora, a S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet*, cit.

## *Abstract*

### LIBERTÀ DI INFORMAZIONE E DEMOCRAZIA. APPROCCIO MULTILEVEL E QUESTIONI ATTUALI

Il seguente contributo intende analizzare il fondamentale rapporto tra libertà di informazione e forma di Stato democratico attraverso una prospettiva teorica che tenga conto della crescente importanza della tutela multilivello dei diritti fondamentali e delle “sfide” offerte da una contemporaneità in veloce evoluzione. Muovendo dalla disamina della nozione di libertà di informazione a partire dal riconoscimento e dalla tutela della libertà di manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.*, L’analisi verte tanto sulla disciplina internazionale quanto sulla normativa sovranazionale, con particolare riferimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo), oltre che alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Nelle conclusioni si aspira a problematizzare il tema del rapporto tra libertà di informazione e democrazia alla luce delle sfide della contemporaneità, dal problema della configurazione di un diritto all’accesso ad Internet al ruolo dei *gatekeepers* nella diffusione delle informazioni sul web, dalle perigliose *fake news* alla *filter bubble*, senza obliterare alcuni spunti di riflessione sulla prospettiva della *e-democracy*.

### FREEDOM OF INFORMATION AND DEMOCRACY. MULTILEVEL APPROACH AND CONTEMPORARY CHALLENGES

The following contribution aims at analysing the fundamental relationship between freedom of information and the form of a democratic state through a theoretical perspective which takes into account the growing importance of the multilevel protection of fundamental rights and the “challenges” offered by a rapidly evolving contemporary world. In particular, by analysing the notion of freedom of infor-

mation starting from the recognition and protection of the freedom of expression of thought pursuant to art. 21 of the Constitution, this essay focuses on both International discipline and supranational legislation, with particular reference to the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms (and to the jurisprudence of the Court of Strasbourg), as well as to the Charter of fundamental rights of the European Union. Finally, the essay aspires to problematize the theme of the relationship between freedom of information and democracy in light of the contemporary challenges: from the problem of configuring a right to access to the Internet to the role of gatekeepers in the dissemination of information on the web, from perilous fake news to the so-called filter bubble, without forgetting some reflections on the perspective of e-democracy.

## **II SEZIONE**

### **SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA E COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA CIVILE**



# QUALCHE RIFLESSIONE SUL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO ITALIANO A VENT'ANNI DAL CONSIGLIO EUROPEO DI TAMPERE

*Alessandra Zanobetti\**

SOMMARIO: 1. Verso uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: le decisioni in materia di cooperazione giudiziaria civile adottate dal Consiglio europeo di Tampere. – 2. La necessità di coordinamento delle fonti e un esempio di coordinamento effettuato dal legislatore italiano: le obbligazioni alimentari. – 3. La frammentazione che caratterizza l'attuale regolamentazione del diritto internazionale privato. – 4. Un diritto internazionale privato funzionale alla realizzazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e l'influenza esercitata sul diritto internazionale privato italiano. – 5. La concorrenza tra ordinamenti come conseguenza del c.d. «*system shopping*» e gli effetti sul diritto sostanziale. – 6. Il coordinamento con i paesi terzi. – 7. Le prospettive di riordino del diritto internazionale privato: il c.d. «regolamento Roma 0» e un'eventuale riforma del diritto internazionale privato italiano.

1. *Verso uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: le decisioni in materia di cooperazione giudiziaria civile adottate nel Consiglio europeo di Tampere*

Nelle conclusioni pubblicate all'esito della riunione straordinaria tenutasi a Tampere il 15 e il 16 ottobre 1999, il Consiglio europeo aveva indicato che nell'istituendo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia i cittadini avrebbero dovuto godere di uno «spazio autentico di giustizia» ed essere in grado di «rivolgersi ai tribunali e alle autorità di qualsiasi Stato membro con la stessa facilità che nel loro». A tal fine, il Consiglio riteneva necessario che l'Unione stabilisse norme minime tese a garantire «un livello adeguato di assistenza giudiziaria nelle cause transnazionali in tutta l'Unione», che avrebbero dovuto includere norme procedurali comuni volte a rendere più semplice e più spedita la composizione «delle controversie transnazionali di

\* Professore ordinario di Diritto Internazionale – Università di Bologna “Alma Mater Studiorum”.



piccola entità in materia commerciale e riguardanti i consumatori», le cause relative alle obbligazioni alimentari e quelle relative a crediti non contestati.

Il Consiglio europeo aveva poi affermato che il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie doveva costituire il fondamento della cooperazione giudiziaria in materia civile; oltre a rafforzare le misure atte a favorire la circolazione in ogni Stato delle sentenze pronunciate negli altri paesi membri, si sarebbe anche dovuto attuare un ravvicinamento delle legislazioni volto a facilitare la cooperazione fra le autorità e la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli. Il Consiglio aveva pertanto chiesto alla Commissione di presentare una proposta volta a «ridurre ulteriormente le procedure intermedie tuttora necessarie per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni o sentenze» e mirante ad abolirle del tutto, in una prima fase, per i titoli «relativi alle cause di modesta entità in materia commerciale o relative ai consumatori». Identica richiesta riguardava le decisioni in alcuni settori del diritto di famiglia, specificamente in tema di prestazioni alimentari e di diritto di visita. La Commissione avrebbe dovuto anche avviare i lavori in vista dell'adozione di norme uniformi istitutive di un «titolo esecutivo europeo». Il Consiglio dell'Unione e la Commissione avrebbero altresì dovuto predisporre nuovi strumenti legislativi di carattere processuale da utilizzarsi nelle cause di carattere transnazionale, al fine, in particolare, di facilitare la cooperazione fra gli Stati membri in materia di «misure preliminari, raccolta delle prove, ordini di pagamento e scadenze»<sup>1</sup>.

Sono passati vent'anni da allora e il bilancio dell'attuazione di quel programma sul diritto internazionale privato degli Stati membri dell'Unione, e in particolare su quello italiano, dimostra che esso ha provocato effetti di dimensioni rilevanti e per buona parte inattesi.

Nel 1999, anno del vertice di Tampere, era entrata in vigore da pochissimi anni la legge italiana di riforma del diritto internazionale privato del 31 maggio 1995 n. 218, il cui testo riuniva le norme

<sup>1</sup> V. Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Tampere 15 e 16 ottobre 1999. Per osservazioni di carattere generale a vent'anni da allora v. A. DI STASI, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia a vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere: qualche considerazione sugli sviluppi normativi in materia di cooperazione giudiziaria*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, n. 3, p. 1.

sulla giurisdizione, quelle sulla legge applicabile e quelle sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze e degli atti stranieri, prima disperse fra le disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile, l'apertura del codice di procedura civile e la chiusura dello stesso. La legge offriva così un quadro coerente della disciplina; essa era senza dubbio in larga misura ancorata alla tradizione risalente alle idee manciniane ispiratrici della prima codificazione del 1865 e confermate nel 1942, ma conteneva anche alcune interessanti novità ed in particolare appariva fortemente orientata ad un'apertura agli altri ordinamenti e alla cooperazione internazionale. Quest'apertura risultava particolarmente evidente nelle numerose disposizioni che provvedevano a richiamare, mediante l'espedito tecnico consistente del dichiararle "applicabili in ogni caso", alcune delle convenzioni di diritto internazionale privato di cui l'Italia era parte<sup>2</sup>. Il legislatore aveva infatti deciso di allargare unilateralmente il campo di applicazione soggettivo e/o oggettivo di alcuni strumenti internazionali, consentendo così di offrire ad una determinata materia una regolamentazione uniforme, a prescindere dall'ambito di applicazione della convenzione stessa<sup>3</sup>. Rivestiva particolare rilevanza pratica, per la frequenza della sua applicazione, il rinvio effettuato alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, che ne allargava l'ambito oggettivo e temporale: l'art. 57 della legge stabilisce infatti che «[l]e obbligazioni contrattuali sono

<sup>2</sup> V. A. DAVÌ, *Le questioni generali di diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1990, p. 576 ss.; P. PICONE, *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge di riforma della materia*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 289 ss.; F. POCAR, *L'incidenza delle convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e processuale sul nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *La riforma del diritto internazionale privato italiano, Atti del Convegno SIDI, Roma, 11-12 aprile 1996*, Napoli, 1997, p. 230; S. BARIATTI, *Le norme generali della legge n. 218 e le convenzioni internazionali applicabili «in ogni caso»*, in F. SALERNO (a cura di), *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, Padova, 1997, p. 369; D. DAMASCELLI, *Il rinvio in ogni caso a convenzioni internazionali nella nuova legge sul diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 78 ss.; A. ZANOBETTI, *La legge italiana di diritto internazionale privato e le convenzioni internazionali*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE, V. TAGLIAFERRI (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, Milano, 2015, p. 715 ss.

<sup>3</sup> Si vedano le osservazioni di A. DAVÌ, *Le questioni generali*, cit., p. 579 ss.

in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma (...)». La Convenzione, come è noto, aveva completato sul piano della determinazione del diritto applicabile la Convenzione di Bruxelles del 28 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, alla quale il legislatore italiano aveva deciso di fare un rinvio ricettizio nell'art. 3 della legge di riforma, disponendo che «nelle materie comprese nel campo di applicazione» della Convenzione di Bruxelles del 1968, la giurisdizione italiana «sussiste inoltre in base ai criteri stabiliti dalle Sezioni 2, 3 e 4 del Titolo II» della Convenzione stessa<sup>4</sup>.

A vent'anni di distanza, la legge n. 218/1995 è ancora il testo di riferimento per il diritto internazionale privato italiano<sup>5</sup>, ma molte delle sue disposizioni – e fra queste anche la maggior parte di quelle che operavano il rinvio ricettizio alle convenzioni internazionali – non si applicano più, o si applicano in via residuale alle materie non incluse nell'ambito di operatività dei numerosi regolamenti adottati dal legislatore europeo dal 2000 in avanti. Sul piano meramente quantitativo, è ora necessario prendere in considerazione, oltre ai 73 articoli della legge italiana, anche i 627 articoli dei regolamenti attualmente vigenti e un numero quasi altrettanto elevato di considerando<sup>6</sup>. I regolamenti comprendono, infatti, un numero elevato di disposizioni

<sup>4</sup> La conversione della Convenzione di Bruxelles del 1968 in regolamento avrebbe dovuto ragionevolmente portare ad una revisione dell'art. 3 l. n. 218/1995 che ne tenesse conto. In assenza di tale modifica, la giurisprudenza ha continuato per molti anni a riferirsi alla Convenzione, malgrado essa non fosse ormai più applicabile, facendo così venir meno la stessa ragion d'essere del richiamo, consistente evidentemente nel sottoporre la giurisdizione a criteri uniformi sia nelle fattispecie intraeuropee, sia in quelle connesse con Stati terzi. Un'inversione consistente nel considerare il richiamo dell'art. 3 come riferito invece al regolamento Bruxelles I si è avuta dapprima in alcune pronunce di giudici di merito, poi con la sentenza della Corte di cassazione S.U., 20 febbraio 2013, n. 4211, confermata dalla stessa Corte, S.U., 20 settembre 2013, n. 21598; v. al proposito B. BAREL, A. ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, XIV ed., Milano, 2019, pp. 19 ss., spec. 360 s.

<sup>5</sup> La legge è stata oggetto di recenti riforme operate dal d. lgs. 28 dicembre 2013 n. 154 e dal d. lgs. 19 gennaio 2017 n. 7, con riferimento, rispettivamente, alla nuova legge in materia di filiazione e a quella istitutiva dell'unione civile.

<sup>6</sup> I regolamenti in materia di diritto internazionale privato attualmente operanti sono ad oggi dieci; l'Italia, come è noto, partecipa a tutti, anche a quelli che sono stati adottati con una procedura di cooperazione rafforzata. Alcuni di essi sono stati

in quanto ognuno costituisce un testo a sé stante provvisto di proprio campo di applicazione, proprie definizioni, disposizioni di carattere sia generale sia particolare, clausole finali.

A ciò deve aggiungersi un ulteriore sviluppo: in questo stesso lasso di tempo l'Italia è divenuta parte di quattro nuove convenzioni, tutte adottate in seno alla Conferenza dell'Aja del diritto internazionale privato e tutte negoziate con la partecipazione, in qualità di osservatore prima e poi di membro a pieno titolo, dell'Unione europea. La prima di queste, riguardante la protezione dei minori, era stata adottata nel 1996, ma è stata ratificata dal nostro paese «nell'interesse della Comunità» solo nel 2003<sup>7</sup>; le altre tre, adottate rispettivamente la prima nel 2005 e le altre due nel 2007<sup>8</sup>, sono invece state ratificate direttamente dall'Unione in nome e per conto dei suoi Stati membri, secondo una modalità resa possibile nel momento in cui la stessa Unione è diventata membro della Conferenza dell'Aja<sup>9</sup>.

Non v'è dubbio che il quadro del diritto internazionale privato italiano, così integrato dai regolamenti e da nuove convenzioni, si è fatto molto più consistente sul piano quantitativo e molto più complesso sul piano del coordinamento delle fonti.

riveduti, per cui occorre in questo caso anche tener conto della versione precedente che potrebbe risultare applicabile per motivi di efficacia temporale.

<sup>7</sup> Convenzione dell'Aja sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, L'Aja, 19 ottobre 1996. Sulla procedura di ratifica v. A. ZANOBETTI, *Quelques réflexions sur les relations de l'Union européenne avec la Conférence de La Haye et UNIDROIT: ombres ou rayons de soleil?*, in C. FLAESCH-MOUGIN, L.S. ROSSI (cur.), *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, 2013, spec. p. 268 ss.

<sup>8</sup> Si tratta della Convenzione sugli accordi di scelta del foro, L'Aja, 30 giugno 2005, della Convenzione sul recupero internazionale di alimenti nei confronti dei figli minori e di altri membri della famiglia, L'Aja, 23 novembre 2007, e del Protocollo, adottato anch'esso all'Aja in pari data, sulla legge regolatrice delle obbligazioni alimentari.

<sup>9</sup> Sulle ragioni che hanno portato la (allora) Comunità europea ad aderire alla Conferenza dell'Aja v. P. FRANZINA, *L'adesione della Comunità europea alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 440 ss.

2. *La necessità di coordinamento delle fonti e un esempio di coordinamento effettuato dal legislatore italiano: le obbligazioni alimentari*

Come si è detto, il legislatore si era sforzato di effettuare un coordinamento fra le disposizioni della legge n. 218/1995 e alcune delle convenzioni internazionali di diritto internazionale privato allora in vigore per l'Italia. Questo invece non è avvenuto – se non in un unico caso al quale faremo riferimento a breve – relativamente ai regolamenti europei e alle nuove convenzioni che sono man mano stati adottati: le disposizioni della legge sono inalterate, anche se alcune hanno perso totalmente, o quasi totalmente, il loro oggetto. Ad esempio, l'art. 46 in materia di legge applicabile alle successioni di persone decedute il 17 agosto 2015 o dopo quella data è integralmente sostituito dalle norme di conflitto contenute nel regolamento 650/2012; l'art. 42 tuttora indica come applicabile in ogni caso alla protezione dei minori la Convenzione dell'Aja del 1961, strumento sostituito dalla nuova Convenzione del 1996 che si è sopra citata<sup>10</sup>, mentre l'art. 57 in materia di legge applicabile ai contratti ancora rinvia «in ogni caso» alla Convenzione di Roma del 1980, malgrado che a questa sia subentrato ormai da oltre dieci anni il regolamento 593/2008, c.d. Roma I.

Non si tratta ovviamente di un problema avente ad oggetto il rapporto fra le fonti: il primato del diritto dell'Unione, da un lato, e

<sup>10</sup> Sul dibattito riguardante la possibilità di modificare l'art. 42 in occasione dell'adozione della legge di autorizzazione alla ratifica della Convenzione del 1996 v. R. CLERICI, *Sulla riforma dell'art. 42 della legge n. 218/1995*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 642 ss.; il disegno di legge originario era stato presentato alla Camera il 17 settembre 2013 ed era poi stato ripreso nel disegno di legge risultante dallo stralcio deliberato dal Senato il 10 marzo 2015, che proponeva la modifica non solo dell'art. 42 (che avrebbe sostituito il richiamo della Convenzione del 1961 con quello della Convenzione del 1996) ma anche dell'art. 2 della legge n. 218/1995, al quale sarebbe stato aggiunto un comma 1-*bis* secondo il quale «[i]l richiamo a convenzioni nominatamente indicate, fatto nella presente legge, deve intendersi sempre riferito a quelle sostitutive delle stesse, se firmate e ratificate dall'Italia ovvero se firmate e ratificate dall'Unione europea, qualora vincolanti per l'Italia», modifiche che non sono però mai state approvate: v. al riguardo F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, V ed., Milanofiori Assago, 2019, p. 50 ss.

il rispetto degli obblighi internazionali, dall'altro, sono principi ben saldi e sono sufficienti a stabilire la gerarchia fra le norme applicabili. Per quanto riguarda, poi, la delimitazione del reciproco ambito di applicazione di convenzioni internazionali e regolamenti che può rendersi necessario quando i diversi strumenti hanno oggetto identico o comunque parzialmente coincidente, esso risponde a regole che sono solitamente indicate con esattezza nelle clausole finali degli strumenti e che è quindi possibile ricostruire. Tuttavia, è evidente lo sforzo che l'interprete deve compiere nel reperimento delle fonti e nel loro coordinamento, dovendo tener conto della qualificazione ai fini internazionalprivatistici con riguardo ad ogni singola fattispecie e degli elementi di internazionalità che ogni caso presenta, per cui non v'è dubbio che l'esigenza di chiarezza del regime applicabile – preoccupazione ben presente all'epoca di elaborazione della legge n. 218/1995 – risulta ora ampiamente sacrificata<sup>11</sup>. Per quanto si tratti di una conseguenza per certi versi inevitabile del carattere ancora incompleto dell'uniformizzazione intrapresa a livello europeo, ci si potrebbe chiedere se non spetti al legislatore italiano cercare di limitare queste complessità.

In occasione dell'ultima riforma apportata alla legge n. 218 dal d. lgs. 7/2017, attuativo della legge 20 maggio 2016 n. 76 che ha regolamentato le unioni civili e i contratti di convivenza, il legislatore ha così deciso di provvedere al necessario coordinamento fra fonti con riferimento alla materia delle obbligazioni alimentari. L'art. 45 della legge di diritto internazionale privato è stato modificato e ora stabilisce che «[l]e obbligazioni alimentari nella famiglia sono regolate dalla legge designata dal regolamento 2009/4/CE (...)». Il regolamento, però, non contiene alcuna disposizione relativa alla determinazione della legge applicabile, ma all'art. 15 rinvia, a sua volta, al Protocollo dell'Aja del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari: quindi in conclusione l'art. 45 effettua un rinvio al regolamento, il

<sup>11</sup> La difficoltà di reperimento delle fonti può portare ad errori quale quelli in cui sono incorsi, ad esempio, sia il tribunale di Rieti, 14 dicembre 2019, n. 892, sia il tribunale di Asti, 5 ottobre 2016, i quali hanno applicato al divorzio fra stranieri l'art. 31 della l. 218/1995 anziché il regolamento 1259/2010, al quale non hanno fatto alcun riferimento.

quale però rimanda alle disposizioni del Protocollo<sup>12</sup>. La questione si presenta ancora più complicata quando la fattispecie da regolare riguarda prestazioni alimentari fra partner di un'unione civile, perché a tale proposito il nuovo art. 32-ter, n. 5, della legge n. 218/1995 effettua un rinvio all'art. 45, allungando pertanto ancora la catena di riferimenti<sup>13</sup>. Il coordinamento così operato finisce per produrre un effetto simile a quello delle "scatole cinesi" che non è certo soddisfacente, anche se si deve ammettere che la complessità dovuta alla frammentazione della disciplina in più strumenti diversi presenta problemi di soluzione non agevole<sup>14</sup>.

### 3. *La frammentazione che caratterizza l'attuale regolamentazione del diritto internazionale privato*

I regolamenti in materia di diritto internazionale privato sinora adottati costituiscono, come si è detto, atti autonomi, ognuno dotato di un proprio ambito di applicazione soggetto, fra l'altro, a delimi-

<sup>12</sup> Tutto questo riguarda, fra l'altro, unicamente la determinazione della legge applicabile, mentre per quanto riguarda le regole sulla giurisdizione e sul riconoscimento ed esecuzione di sentenze straniere si deve stabilire, verificandone l'ambito di applicazione territoriale e temporale rispettivo, se applicare le regole del regolamento 4/2009, quelle della Convenzione dell'Aja del 2007, quelle della Convenzione dell'Aja del 1973 (sostituita da quella del 2007, ma ancora applicabile nei rapporti con Andorra e Australia), o ancora quella precedente del 1958 (tuttora applicabile nei rapporti con il Suriname), oppure le norme comuni contenute nella legge n. 218/1995; si deve inoltre tener presente che in materia opera altresì la Convenzione di New York del 1956 sul recupero degli alimenti all'estero (destinata a essere sostituita da quella dell'Aja del 2007), la quale conta attualmente 64 Stati parti e riveste dunque ancora grande rilevanza.

<sup>13</sup> V. a proposito A. DAVI, A. ZANOBETTI, *Le obbligazioni alimentari tra parti di un'unione civile e tra conviventi nel diritto internazionale privato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, spec. p. 201 ss.

<sup>14</sup> Fra l'altro la formulazione dell'art. 45 appare poco corretta sul piano del rapporto fra la fonte interna e quella dell'Unione europea, perché sembra implicare che il regolamento 4/2009 si applichi in forza del rinvio ad esso compiuto dalla disposizione interna, mentre evidentemente esso opera *proprio vigore*, tanto più che le norme sulla legge applicabile hanno carattere *erga omnes*. Il riferimento deve dunque essere inteso come limitato alle fattispecie qualificabili nel nostro ordinamento come obbligazioni alimentari alle quali il regolamento non si applicherebbe.

tazione sia con riguardo agli altri regolamenti, sia con riguardo alle norme convenzionali o, ancora, a quelle nazionali. Può così avvenire che la disciplina di un rapporto giuridico sia regolato da più di un atto, oppure in parte da un atto, in parte dal diritto internazionale privato interno. Ad esempio la regolamentazione di un divorzio che riguardi una relazione intraeuropea, in occasione del quale debbano anche assumersi provvedimenti nei confronti dei figli e regularsi gli effetti patrimoniali e quelli economici, ricade nell'ambito di applicazione di ben quattro regolamenti e due convenzioni internazionali: il regolamento 2201/2003, c.d. Bruxelles II-*bis*, per lo stabilimento della giurisdizione in materia di divorzio e di responsabilità genitoriale, il regolamento 1259/2010 per la determinazione legge applicabile al divorzio, il 4/2009 per le regole giurisdizionali in materia di obblighi alimentari, il quale rinvia come si è detto al Protocollo dell'Aja del 2007 per l'individuazione della legge applicabile, e ancora il regolamento il 2016/1103 per stabilire la giurisdizione e la legge applicabile ai rapporti patrimoniali, mentre per la determinazione della legge applicabile all'affidamento dei figli si deve fare riferimento alla Convenzione dell'Aja del 1996. Naturalmente per ognuno di questi regolamenti e strumenti convenzionali si deve verificare l'ambito di applicazione temporale e spaziale, ricordando che Danimarca, Irlanda e Regno Unito partecipano alla cooperazione giudiziaria in materia civile secondo modalità *ad hoc* e che due dei citati regolamenti (il 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e il 2016/1103 sui rapporti patrimoniali fra coniugi) sono stati adottati mediante una cooperazione rafforzata e quindi ad essi partecipa solo un numero relativamente ridotto di Stati membri.

Questi vari regolamenti e strumenti internazionali sono stati elaborati in tempi diversi e, per quanto destinati ad operare spesso congiuntamente, non sempre il loro campo di applicazione e le regole in essi contenute sono ben coordinate. Ad esempio, il regolamento 2201/2003 regola la giurisdizione in materia di divorzio, separazione e annullamento del matrimonio, mentre il regolamento 1259/2010 si occupa solo dei primi due aspetti, per cui per determinare la legge applicabile nei casi di annullamento si deve ricorrere al diritto nazionale. Un altro esempio è costituito dalla materia dei contratti conclusi dai consumatori, oggetto di norme di carattere protettivo ad opera del regolamento



1215/2012 sul piano della competenza giurisdizionale e ad opera del regolamento 593/2008 per quanto riguarda la determinazione della legge applicabile; tuttavia l'ambito di applicazione dei rispettivi regimi protettivi non coincide perfettamente. Ancora una volta, si tratta del frutto della frammentazione dei diversi regimi, problema al quale l'Unione ha cercato, almeno in parte, di porre rimedio negli ultimi regolamenti adottati, i quali offrono un quadro più coerente del settore al quale si applicano perché includono nello stesso testo sia le regole in materia di competenza giurisdizionale e di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze, sia quelle sulla legge applicabile, apportando indubbi vantaggi pratici e consentendo un coordinamento più efficace tra le posizioni degli Stati membri partecipanti<sup>15</sup>.

Rimane però una relevantissima differenza fra le due categorie di norme: le prime hanno generalmente un'applicazione unicamente intraeuropea e lasciano dunque sussistere in via residuale quelle interne, mentre le seconde hanno carattere *erga omnes* e quindi evincono totalmente le norme nazionali – ovviamente qualora il campo di applicazione rispettivo si sovrapponga integralmente. Le uniche due materie con riferimento alle quali le norme sulla competenza giurisdizionale hanno natura *erga omnes* sono quelle disciplinate, rispettivamente, dal regolamento 4/2009 sugli obblighi alimentari e nel regolamento 650/2012 sulle successioni, le cui disposizioni in materia di competenza giurisdizionale sostituiscono integralmente quelle nazionali, che pertanto non conservano neppure il ruolo residuale che è stato loro mantenuto negli altri atti dell'Unione<sup>16</sup>. Un tentativo

<sup>15</sup> Per osservazioni svolte con specifico riferimento al regolamento 650/2012 in materia di successioni v. A. DAVÌ, *Introduzione al regolamento europeo sulle successioni*, Napoli, 2019, p. 35.

<sup>16</sup> Per evitare che si producano conflitti negativi di giurisdizione che comporterebbero dinieghi di giustizia, entrambi i regolamenti contengono un criterio di giurisdizione definito *forum necessitatis*; v. al proposito P. FRANZINA, *Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 1121 ss.; G. ROSSOLILLO, *Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'unione europea*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, n. 1, p. 403 ss. Entrambi i menzionati regolamenti mantengono peraltro, rispettivamente all'art. 14 e all'art. 19, la possibilità che siano adottati provvedimenti provvisori e cautelari fondati su criteri di giurisdizione posti dalle norme nazionali degli Stati membri.

di modificare nella stessa direzione le norme sulla competenza giurisdizionale del regolamento Bruxelles I era stato fatto all'epoca della sua revisione<sup>17</sup>. La modifica avrebbe consentito la semplificazione del quadro normativo grazie all'eliminazione della coesistenza di norme operanti nelle situazioni intra-UE e di norme nazionali applicabili a titolo sussidiario nei casi presentanti collegamenti con Stati terzi, eliminando al contempo i problemi di delimitazione dell'ambito rispettivo di applicazione delle due categorie di regole; avrebbe poi evitato il trattamento differente di situazioni simili, provocato dalla sopravvivenza nelle legislazioni nazionali di criteri di giurisdizione divergenti, talvolta esorbitanti<sup>18</sup>; riducendo al contempo il rischio di conflitti negativi e positivi di giurisdizione fra gli Stati membri; infine, avrebbe consentito un miglior coordinamento fra le norme sulla competenza giurisdizionale e quelle sul riconoscimento delle decisioni. Tuttavia

<sup>17</sup> Si veda a tale proposito lo studio «Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)», svolto su incarico della Commissione da A. NUYTS e K.A. SZYCHOWSKA e pubblicato nel 2007, all'indirizzo: [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_residual\\_jurisdiction\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf), nonché R. LUZZATTO, *On the proposed application of jurisdictional criteria of Brussels I Regulation to non-domiciled defendant*, in *Recasting Brussels I* (a cura di F. POCAR, I. VIARENGO, F. VILLATA), Padova, 2012, p. 111, il quale dopo aver affermato che l'adozione di criteri uniformi di giurisdizione anche per le questioni escluse dal regolamento 44/2001 appare opportuno, mette però in luce le difficoltà connesse al raggiungimento di questo obiettivo. In argomento v. inoltre A. BONOMI, *The Opportunity and the Modalities of the Introduction of Erga Omnes Rules on Jurisdiction*, in A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCAR (eds.), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padova, 2008, p. 149 ss.; ID., *La compétence des juridictions des États membres de l'Union européenne dans les relations avec les États tiers à l'aune des récentes propositions en matière de droit de la famille et des successions*, in *Festschrift für Ivo Schwander*, Zürich-S. Gallen, 2011, p. 665 ss., ove l'autore definisce gli atti di questo tipo come regolamenti «de la nouvelle génération»; J. WEBER, *Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, p. 619.

<sup>18</sup> Sulla possibilità che tale doppio regime costituito dalla previsione di criteri applicabili alle situazioni intraeuropee e a quelle che presentano collegamenti con Stati terzi possa sollevare problemi di discriminazione v. le osservazioni di S. TONOLIO, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni*, Milano, 2011, spec. p. 81 ss.

l'adozione di norme di questo tipo era stata all'epoca considerata troppo complessa e pertanto abbandonata. Anche i regolamenti adottati più recentemente – specificamente i regolamenti 2016/1103 e 2016/1104 in materia di rapporti patrimoniali, rispettivamente, fra coniugi e fra *partners* di unioni registrate, nonché il regolamento 2019/1111 di revisione del regolamento 2201/2003 – mantengono il doppio binario fra regole dell'Unione applicabili nei casi intraeuropei e regole nazionali applicabili a titolo residuale. Deve quindi valutarsi con favore il riferimento effettuato unilateralmente dall'art. 3 della legge n. 218/1995 alle norme europee, che consente di allineare in buona misura il regime sovranazionale e quello interno.

4. *Un diritto internazionale privato funzionale alla realizzazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e l'influenza esercitata sul diritto internazionale privato italiano*

Come si è indicato, l'attribuzione all'Unione di competenze in materia di diritto internazionale privato è stata concepita come funzionale alla creazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>19</sup>. Non si tratta pertanto, o per lo meno non si tratta unicamente, di adottare norme uniformi per facilitare la vita internazionale delle persone, ma di eliminare gli ostacoli alla realizzazione dei diritti fondamentali, fra cui le libertà del mercato interno, e di creare una maggiore integrazione fra i cittadini dell'Unione, ravvicinando al contempo lo *status* giuridico dei cittadini di Stati terzi.

Il diritto internazionale privato dell'Unione si configura pertanto con alcuni caratteri specifici. Per quanto riguarda le regole sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento delle decisioni straniere, il principio della fiducia reciproca ispira le regole in materia di litispendenza, di riconoscimento automatico, di eliminazione pressoché totale del controllo della competenza del giudice di origine, di graduale

<sup>19</sup> V. J. MEEUSEN, *Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution*, in *European Journal of Migration and Law*, 2007, p. 305, il quale esprime il timore che il diritto internazionale privato possa essere utilizzato come «mere auxiliary instrument of EC law».

soppressione dell'*exequatur*, di affievolimento dell'ordine pubblico<sup>20</sup>. La circolazione delle persone trova poi un supporto nella pluralità di criteri di giurisdizione adottati in alcuni specifici settori, come ad esempio in materia di divorzio e separazione personale, in netta controtendenza rispetto al perseguimento della riduzione del fenomeno del *forum shopping* ma favorendo anzi un «*agreed forum shopping*»<sup>21</sup>. Per quanto concerne il diritto applicabile, è significativa la progressiva sostituzione del criterio di collegamento della residenza abituale a quelli del domicilio o della cittadinanza, che risulta funzionale all'obiettivo di eliminare gli ostacoli al godimento delle libertà del mercato unico ed al tempo stesso favorisce l'integrazione dei cittadini, anche di paesi terzi, che ne usufruiscono<sup>22</sup>. Cresce anche il numero di

<sup>20</sup> Per esempio l'art. 25 del regolamento 2201/2003 prevede che il riconoscimento di una decisione in materia di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio «non può essere negato perché la legge dello Stato membro richiesto non prevede per i medesimi fatti il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio», limitando quindi la possibilità di verifica della compatibilità del provvedimento estero con l'ordine pubblico dello Stato richiesto; un altro esempio è costituito dal considerando 58 del regolamento 650/2012 in materia di successioni secondo cui «non dovrebbe essere consentito di avvalersi dell'eccezione di ordine pubblico per disapplicare la legge di un altro Stato membro ovvero per rifiutare di riconoscere – o, se del caso, accettare, – o per eseguire una decisione, un atto pubblico o una transazione giudiziale emessi in un altro Stato membro, qualora ciò avvenisse in violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare del suo articolo 21 che vieta qualsiasi forma di discriminazione». In alcuni casi il controllo della compatibilità con l'ordine pubblico è del tutto escluso: esso è stato eliminato dal regolamento 4/2009 per quanto concerne il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese in materia di obbligazioni alimentari dagli Stati membri che siano parti anche del Protocollo dell'Aja del 2007 sulla legge applicabile in materia. A ciò si aggiunga che anche i provvedimenti riguardanti il diritto di visita e il ritorno del minore assunti dagli Stati membri in applicazione del regolamento 2201/2003, avverso la cui esecuzione non è possibile alcuna opposizione, sono così in pratica sottratti a detto controllo: v. al proposito M.C. BARUFFI, *La cittadinanza dell'Unione e i diritti dei minori nello spazio giudiziario europeo*, in ID. (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2010, spec. p. 100 ss.

<sup>21</sup> V. al riguardo A. FIORINI, *Harmonizing the Law Applicable to Divorce and Legal Separation – Enhanced Cooperation as the Way Forward?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 1155.

<sup>22</sup> V. A. ZANOBETTI, *La residenza abituale nel diritto internazionale privato: spunti di riflessione*, in *Liber amicorum Angelo Davì*, Napoli, 2019, vol. II, p. 1361 ss.;

materie nelle quali viene fatto ricorso al criterio dell'autonomia delle parti, che contribuisce a rendere più flessibile e contemporaneamente più certa e previsibile la regolamentazione dei rapporti intersoggettivi<sup>23</sup>, ma può anche fungere da correttivo all'abbandono progressivo del ricorso alla cittadinanza come criterio di collegamento oggettivo, lasciando la possibilità di opzione alle persone che preferiscono sottoporre volontariamente alcune situazioni giuridiche alla loro legge nazionale, soprattutto quando si tratta di cittadini dell'Unione con residenza abituale in paesi terzi.

5. *La concorrenza tra ordinamenti come conseguenza del c.d. «system shopping» e gli effetti sul diritto sostanziale*

Le norme europee di diritto internazionale privato, in particolare quelle sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, hanno introdotto un principio di equivalente giurisdizionale basato sulla fiducia reciproca fra gli Stati membri che non solo ha consentito alle persone che godono della libertà di circolazione di «rivolgersi ai tribunali e alle autorità di qualsiasi Stato membro con la stessa facilità che nel loro», come preconizzato a Tampere, ma ha anche avuto per effetto in alcuni settori di consentire loro di sottrarsi alle politiche legislative di uno Stato per sottoporsi volontariamente a quelle, a loro più congeniali, di un altro, mediante la creazione di collegamenti con l'ordinamento giuridico di loro scelta, facendo uso di un vero e proprio «*system shopping*»<sup>24</sup>.

sull'opportunità di estendere il ricorso al criterio della residenza abituale anche nella prospettiva di una riforma della legge 218/1995, v. altresì R. CLERICI, *Alcune considerazioni sull'eventuale ampliamento del ruolo della residenza abituale nel sistema italiano di diritto internazionale privato*, in C. CAMPIGLIO (a cura di), *Un nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 2019, p. 55 ss.

<sup>23</sup> V. al riguardo le osservazioni di C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 359, 2013, p. 398 ss.

<sup>24</sup> Per questa espressione v. J. MEEUSEN, *System Shopping in European Private International Law in Family Matters*, in *International Family Law for the European Union*, cit., p. 239 ss., il quale afferma che «Community international family law is placed too much in a pure free movement perspective, which allows system shopping and far-reaching mutual recognition without a consensus on underlying legal prin-

Il caso emblematico è quello del divorzio: grazie all'ampio ventaglio di criteri di giurisdizione previsto dal regolamento Bruxelles II e mantenuto nel regolamento Bruxelles II-*bis*<sup>25</sup>, un numero elevato di coppie italiane ha colto l'opportunità di sottrarsi alle rigorose prescrizioni del diritto sostanziale vigente nel nostro paese in materia di scioglimento del matrimonio, optando per ottenere una pronuncia di divorzio all'estero con la garanzia del suo successivo automatico riconoscimento<sup>26</sup>. Non v'è dubbio che la facilità con cui in questo modo si è rivelato possibile procedere allo scioglimento del vincolo coniugale all'estero ha accelerato le modifiche del diritto interno in materia e favorito l'approvazione delle norme sul «divorzio semplice» e sul «divorzio breve».

Si sono in questo modo prodotte conseguenze di carattere sostanziale sul diritto degli Stati membri anche in materie nelle quali le istituzioni europee non si sono sinora viste attribuire alcuna competenza

ciples»; al proposito v. altresì P. PIRODDI, *Armonia delle decisioni, riconoscimento reciproco e diritti fondamentali*, in G. BIAGIONI (a cura di), *Il principio dell'armonia delle decisioni civili e commerciali nello spazio giudiziario europeo*, Torino, 2015, p. 37 ss.

<sup>25</sup> Secondo quanto prevede l'art. 3 del regolamento, sono competenti in materia di separazione personale, divorzio e annullamento del matrimonio i giudici del paese della residenza abituale dei coniugi, o dell'ultima residenza abituale uno di essi vi risiede ancora, o della residenza abituale del convenuto, o ancora, in caso di domanda congiunta, della residenza abituale di uno dei coniugi, oppure della residenza abituale dell'attore (purché vi abbia risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda, ridotti a sei mesi se lo Stato di residenza è quello della cittadinanza), o infine i giudici dello Stato di comune cittadinanza.

<sup>26</sup> L'ampia possibilità di *forum shopping* consentita dal regolamento 2201/2003 e il carattere fattuale dei criteri di giurisdizione basati sulla residenza abituale di uno o entrambi i coniugi ha consentito a molte coppie italiane di rivolgersi a giudici stranieri. In particolare, un numero molto elevato di coppie italiane ha potuto avvalersi dei giudici del Regno Unito mediante la creazione di una residenza abituale in quel paese, al fine di vedersi applicare le leggi locali, particolarmente favorevoli allo scioglimento del vincolo coniugale. In alcuni casi, la residenza abituale si è rivelata basarsi su vere e proprie dichiarazioni fraudolente: così la Family Court inglese, *Rapisarda v Colladon*, [2014] EWFC 35, ha dichiarato «null and void» ben 179 divorzi di coppie italiane pronunciati tra il 2010 e il 2012, dopo che un'indagine ha consentito di accertare che in tutti questi casi la giurisdizione si era basata sulla residenza abituale di uno o entrambi i coniugi al medesimo indirizzo, corrispondente, fra l'altro, ad una cassetta postale; v. il commento di C. RICCI, *Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes Connected with the EU: Challenges and Potential*, in *Liber amicorum Angelo Davì*, cit., vol. II, p. 1232.

legislativa<sup>27</sup>; questa convergenza si è determinata come conseguenza di un fenomeno di concorrenza fra ordinamenti reso possibile dall'operare delle regole sul riconoscimento reciproco delle decisioni, analogamente a quanto si è verificato in altri settori, come conseguenza dell'effetto diretto delle norme europee sulle libertà fondamentali<sup>28</sup>.

## 6. *Il coordinamento con i paesi terzi*

Lo sforzo legislativo compiuto dalle istituzioni europee in materia di diritto internazionale privato nell'attuazione del Programma di Tampere è pertanto funzionale alla creazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e quindi è principalmente rivolto regolare le situazioni intraeuropee<sup>29</sup>. D'altra parte, le norme di conflitto contenute nei regolamenti europei hanno un indispensabile carattere *erga omnes*, non foss'altro che per evitare di dover operare una distinzione – spesso quasi impossibile – fra questioni puramente intraeuropee e fattispecie con collegamenti anche esterni all'Unione, e si applicano pertanto anche nelle situazioni connesse con gli Stati terzi. Tuttavia non sempre gli strumenti in materia di legge applicabile contengono mezzi di coordinamento fra ordinamenti che consentano di conciliare le diverse posizioni di tutti gli Stati coinvolti, con il risultato che la raggiunta armonizzazione fra gli Stati che partecipano alla disciplina di diritto internazionale privato uniforme rischia di impedire il perseguimento di una più vasta armonia giuridica internazionale<sup>30</sup>. Non si

<sup>27</sup> V. al proposito, con particolare riferimento al regolamento 1259/2010, le osservazioni di A. DAVÌ, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in *RCADI*, vol. 352, 2012, p. 331 ss.

<sup>28</sup> Gli effetti sono analoghi a quelli che si sono prodotti, ad esempio, nel diritto delle società come conseguenza del diritto di stabilimento con le note sentenze della Corte di giustizia del 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, del 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering*, e del 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Inspire Art* e delle pronunce successive in questa materia.

<sup>29</sup> V. al riguardo l'analisi svolta da F. SALERNO, *L'armonia delle decisioni come principio generale dello nello spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, in G. BIAGIONI (a cura di), *Il principio dell'armonia delle decisioni civili e commerciali nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 1 ss.

<sup>30</sup> In proposito v. le osservazioni di A. DAVÌ, *Le renvoi*, cit., p. 256 ss.

tratta, peraltro, di una conseguenza inevitabile: ad esempio il regolamento 650/2012 in materia di successioni presenta molte disposizioni che permettono di realizzare un equilibrio fra il perseguimento degli obiettivi propri dell'Unione e quelli della ricerca di un coordinamento più ampio con gli Stati terzi, quali l'accoglimento del rinvio, la presa in considerazione delle norme di applicazione necessaria, o norme di analoga natura, anche di Stati terzi, la possibilità di limitare i procedimenti giudiziari riguardanti beni situati in Stati terzi al fine di evitare conflitti positivi con lo Stato di situazione dei beni<sup>31</sup>. Inoltre, come si è visto, il regolamento attribuisce carattere *erga omnes* anche alle regole giurisdizionali ed elimina pertanto i criteri di giurisdizione c.d. esorbitanti che invece rimangono in altri settori nei quali le norme nazionali conservano un campo di applicazione residuale.

Proprio il mantenimento di criteri di giurisdizione considerati esorbitanti perché basati su collegamenti poco significativi fra lo Stato del foro e la situazione da regolare o perché fonti di squilibrio nelle posizioni delle parti in causa costituisce un altro elemento che può produrre effetti distorsivi nei rapporti che esulano dall'ambito puramente intraeuropeo: le norme sulla riconoscimento e l'esecuzione previste negli atti di diritto internazionale privato dell'Unione generalmente consentono la circolazione di tutte le decisioni pronunciate dalle autorità giudiziarie degli Stati membri nell'ambito di operatività dello strumento di volta in volta applicabile, con il risultato che anche le pronunce fondate su criteri esorbitanti operanti a titolo residuale quando la giurisdizione non può fondarsi sulle regole uniformi (ipotesi che si riscontra in via generale in caso di parti convenute prive di domicilio nell'Unione europea), sono riconosciute ed eseguite negli altri Stati membri. Si tratta di una conseguenza poco soddisfacente, «*dont l'Europe ne peut pas être fière*»<sup>32</sup>, del mantenimento del doppio regime che si è sopra menzionato.

<sup>31</sup> Al riguardo v. A. DAVÌ, *Introduzione*, cit., p. 108 ss.

<sup>32</sup> Così D. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, in *RCADI*, vol. 323, 2006, p. 237; v. già le osservazioni fortemente critiche, all'epoca di adozione della Convenzione di Bruxelles del 1968, di F. JUENGER, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la courtoisie internationale. Réflexions d'un Américain*, in *Revue critique de droit international privé*, 1983, p. 37 ss.



L'uropeizzazione del diritto internazionale privato ha poi prodotto un effetto, indiretto e non voluto ma pur sempre rilevante, sul movimento di più vasta armonizzazione della materia. L'adozione di un regolamento in un determinato settore comporta l'attribuzione all'Unione di competenze esterne esclusive in quella materia, competenze che sussistono – come è stato precisato dalla Corte di giustizia<sup>33</sup> – quando «un'analisi concreta del rapporto esistente tra l'accordo previsto e il diritto comunitario in vigore» permetta di accertare che «la conclusione di un tale accordo può incidere sulle norme comunitarie», prendendo in considerazione non soltanto il diritto europeo già vigente, ma anche le sue prospettive di evoluzione. Questo comporta il correlativo venir meno della possibilità per gli Stati membri di partecipare autonomamente alla negoziazione e adozione di norme internazionali in quella stessa materia<sup>34</sup>.

D'altra parte, sul piano della politica legislativa è evidente che l'adozione di norme uniformi può rendere molto difficile rimettere in questione i risultati ottenuti nell'ambito dello spazio giudiziario

<sup>33</sup> Parere 1/2003, reso dalla Corte di giustizia, su richiesta del Consiglio, a proposito della revisione della Convenzione di Lugano del 1988; v. gli scritti contenuti nel volume F. POCAR (ed.), *The external competence of the European union and private international law: the EC Court's opinion on the Lugano Convention*, Padova, 2007. Successivamente la Corte è intervenuta specificamente sulle competenze degli Stati membri con riguardo agli strumenti dell'Aja: v. il parere 1/2013 del 14 ottobre 2014 e i commenti raccolti in P. FRANZINA (ed.), *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*, Cambridge, 2016, fra i quali v. in particolare, per alcune critiche alla posizione espressa dalla Corte, il commento di P. BEAUMONT, *A Critical Analysis of the Judicial Activism of the Court of Justice of the European Union in Opinion 1/13*, p. 41 ss.

<sup>34</sup> Sugli effetti dell'attribuzione all'Unione di competenze esterne in materia di diritto internazionale privato v. A. BORRÁS, *La incidencia de la comunitarización del derecho internacional privado en la elaboración de convenios internacionales*, in *Estudios em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, 2002, p. 45 ss.; M. TRAEST, *Development of a European Private International Law and the Hague Conference*, in *Yearbook of Private International Law*, 2004, vol. 5, p. 191; M. WILDERSPIN, A.M. ROUCHAUD-JOËT, *La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 2004, p. 1 ss. Più recentemente P. FRANZINA, *The Relationship between EU Legislation and International Instruments in the Field of Private International Law*, in J. VON HEIN, E.M. KIENINGER, G. RÜHL (eds.), *How European is European Private International Law?*, Cambridge, 2019, p. 19 ss.

europeo. Un esempio è quanto è avvenuto nel corso dell'elaborazione in seno alla Conferenza dell'Aja di un progetto di convenzione sul riconoscimento delle sentenze straniere. I lavori si sono bruscamente interrotti nel 2000, quando, pochi mesi dopo la presentazione da parte della Commissione europea della proposta volta a trasformare la Convenzione di Bruxelles del 1968 in regolamento, gli Stati Uniti hanno fatto pervenire al Segretario generale della Conferenza una lettera nella quale lo informavano della loro scarsa fiducia nella possibilità di ottenere un risultato, sottolineando in particolare il fatto che una «controlling majority» delle delegazioni che partecipavano ai lavori non intendeva «depart substantially from the approach of Brussels-Lugano»<sup>35</sup>. Anche se è probabile che quanto lamentato dalla delegazione statunitense non fosse l'unico motivo delle difficoltà incontrate durante i lavori della Conferenza, non v'è dubbio che la prospettiva dell'adozione di quello che sarebbe divenuto il regolamento 44/2001, c.d. Bruxelles I, ha contribuito al definitivo abbandono del progetto. I lavori della Conferenza si sono così orientati verso l'adozione della Convenzione del 2005 sugli accordi di scelta del foro, uno strumento di portata assai meno ambiziosa, che l'Unione ha ratificato a nome dei suoi Stati membri (con l'eccezione della Danimarca, che ha però provveduto autonomamente alla ratifica)<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> La lettera, datata 22 febbraio 2000 e firmata da J. D. Kovar, «Assistant Legal Advisor for Private International Law» del Dipartimento di Stati, afferma che «in the view of the U.S. delegation there is not enough common ground demonstrated in the current preliminary draft text to warrant scheduling and moving forward to a diplomatic conference. Nor do we sense that there is a strong enough interest in the creation of a worldwide convention for a controlling majority of delegations to depart substantially from the approach of Brussels-Lugano». V. al proposito H. VAN LOON, A. SCHULZ, *The European Community and the Hague Conference on Private International Law*, in B. MARTENCZUK, S. VAN THIEL (eds.), *Justice, Liberty, Security: New Challenges for EU External relations*, Brussels, 2007, pp. 257-299.

<sup>36</sup> I lavori per l'adozione di uno strumento sul riconoscimento delle decisioni straniere sono ripresi dopo alcuni anni; il 2 luglio 2019 è stata adottata la Convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere in materia civile e commerciale, nota come *Judgments Convention*. È troppo presto per valutare il grado di successo della Convenzione, che è stata sinora firmata solo da Ucraina e Uruguay. Per un primo commento v. P. FRANZINA, A. LEANDRO, *La Convenzione dell'Aja del 2 luglio 2019 sul riconoscimento delle sentenze straniere: una prima lettura*, in *SIDIBlog*, 11 luglio 2019.

In alcuni settori, è stato possibile tenere conto dei lavori in corso in seno alla Conferenza già nella fase di elaborazione degli atti dell'Unione e consentire così un certo grado di coordinamento fra gli strumenti da adottare: questo è avvenuto, ad esempio, nell'elaborazione parallela della Convenzione e del Protocollo, entrambi del 2007, in materia di obbligazioni alimentari e del regolamento 4/2009<sup>37</sup>. In altri casi, durante l'adozione di atti europei di diritto internazionale privato si è tenuto conto di strumenti già esistenti per attuare un coordinamento unilaterale che ha consentito di non ostacolarne il funzionamento: questo è avvenuto, per esempio, in materia di sottrazione internazionale di minori<sup>38</sup> e in materia di legge regolatrice della forma dei testamenti<sup>39</sup>. Tuttavia si tratta di soluzioni specifiche, che non sono possibili in tutte le materie. Più in generale, si deve constatare che i lavori della Conferenza mostrano segnali di difficoltà<sup>40</sup>, dovuti senza alcun dubbio proprio all'ostacolo costituito dagli esistenti regolamenti<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Come già si è menzionato, il regolamento 4/2009 non contiene norme in materia di legge applicabile, limitandosi ad effettuare un rinvio ricettizio al Protocollo dell'Aja.

<sup>38</sup> Il regolamento 2201/2003 contiene alcune norme che integrano il funzionamento della Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale di minori; per una presentazione del funzionamento congiunto dei due strumenti v. M.C. BARUFFI, *La sottrazione internazionale tra Convenzione dell'Aja del 1980 e Reg. n. 2201/2003*, in *Rivista AIAF*, 2015, p. 19 ss.

<sup>39</sup> Sul coordinamento operato dal regolamento 650/2012 con la Convenzione dell'Aja del 1961 in materia di forma dei testamenti v. A. DAVI, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014, p. 123 ss.

<sup>40</sup> Dal 2007, anno di adozione della Convenzione e del Protocollo in materia di obbligazioni alimentari, ad oggi la Conferenza ha adottato solo due nuovi strumenti, di cui uno di natura non vincolante e un altro, citato in nota 36, troppo recente per poterne valutare le prospettive di successo.

<sup>41</sup> Nelle numerose materie già regolate a livello europeo l'Unione non è evidentemente disposta a rinunciare ai risultati raggiunti; l'alternativa che si offre alla Conferenza consiste nell'accettare di modellare i propri strumenti su quelli dell'Unione, allargandone di fatto le soluzioni ad altri Stati, i quali peraltro potrebbero non essere d'accordo, oppure nell'adottare testi a cui nessuno degli Stati europei potrà mai aderire. Si tratta di una *impasse* che già era stata prevista al momento dell'adozione del Trattato di Amsterdam: v. A. STRUYCKEN, *Het verdrag van Amsterdam en de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht – Brusselse schaduwen over Den Haag*, in *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 2000, p. 735 ss., il quale preconizzava che le «nuvole» di Bruxelles avrebbero oscurato l'Aja.

L'europeizzazione del diritto internazionale privato ha poi prodotto effetti rovinosi sulla Commissione internazionale dello stato civile. La parziale sovrapposizione delle sue competenze con quelle progressivamente assunte dall'Unione ha portato al recesso di molti dei suoi Stati membri, fra i quali l'Italia<sup>42</sup>, provocando così un arresto dei suoi lavori di codificazione che miravano a realizzare un'armonizzazione legislativa e ad instaurare forme di cooperazione nelle materie dello stato civile in un'area più vasta di quella corrispondente allo spazio giudiziario europeo.

7. *Le prospettive di riordino del diritto internazionale privato: il c.d. «regolamento Roma 0» e un'eventuale riforma del diritto internazionale privato italiano*

L'assetto attuale del diritto internazionale privato applicabile nel nostro paese, a vent'anni da Tampere, risulta dunque profondamente trasformato. Esso è oggi regolato da molteplici strumenti, il cui coordinamento e talvolta il cui stesso reperimento richiede sforzi e competenze molto specifiche, che implicano l'individuazione di quale fra i regimi esistenti risulta applicabile alla fattispecie concreta, prendendone in considerazione i rispettivi campi di applicazione materiale, territoriale e temporale, spesso dovendosi basare su complesse clausole di compatibilità o di disconnessione: una sistemazione della materia risulta pertanto quanto mai opportuna, anche se innegabilmente essa si presenta come oltremodo complessa<sup>43</sup>.

D'altra parte è stata più volte sottolineata la necessità di un riordino dello stesso diritto internazionale privato di origine europea. Si è prefigurata l'adozione di un «regolamento Roma 0» che potrebbe contenere una regolamentazione delle questioni generali del diritto internazionale europeo, con l'intento di procedere poi a una

<sup>42</sup> V. in proposito A. ZANOBETTI, *EU Cooperation in Civil Matters and Multilevel Unification of Private International Law: Some Remarks*, in P. FRANZINA (ed.), *The External Dimension of EU Private International Law*, cit., p. 134.

<sup>43</sup> Un'ampia presentazione delle questioni che si dovrebbero affrontare all'atto di una riforma del diritto internazionale privato italiano è offerta dagli scritti raccolti in C. CAMPIGLIO, *Un nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 2019.

codificazione della materia nel suo complesso<sup>44</sup>. Il progetto, che ha suscitato molto interesse, presenta numerose difficoltà di carattere tecnico che – almeno allo stato attuale – ne rendono poco probabile un'imminente realizzazione<sup>45</sup>; nel frattempo, è del tutto possibile che nuovi atti vadano ad aggiungersi a quelli esistenti. Una revisione della legge n. 218/1995 dovrebbe dunque tener conto della fase attuale del diritto internazionale privato europeo, ancora caratterizzata da una pluralità di atti settoriali e molto probabilmente tuttora in fase di espansione<sup>46</sup>.

L'opera di revisione del diritto internazionale privato offrirebbe, peraltro, anche l'occasione di apportare alcune modifiche alle regole nazionali tuttora applicabili al fine di tener conto del forte impatto che la tematica della protezione internazionale dei diritti umani ha provocato sulla materia<sup>47</sup>. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare per quanto riguarda il diritto al rispetto della vita privata e familiare, e quella della Corte di giustizia, con riferimento ai diritti fondamentali e alle libertà poste dai trattati, svolgono un ruolo importante nell'affermazione del diritto delle persone a vedersi riconosciuti gli *status* personali o familiari costituiti all'estero. Stanno così emergendo nuove tecniche internazionalpriva-

<sup>44</sup> V. al proposi M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZETTO (eds.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruxelles, 2011, nonché in S. LEIBLE, H. UNBERATH (eds.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, München, 2013.

<sup>45</sup> Al riguardo, v. l'analisi di A. DAVI, *The Role of General Principles in EU Private International Law and the Perspectives of a Codification in the Field*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 17, p. 7 ss.

<sup>46</sup> Per osservazioni di metodo v. C. CAMPIGLIO, *Legge di diritto internazionale privato e regolamenti europei: tecniche di integrazione*, in ID. (a cura di), *Un nuovo diritto internazionale privato*, cit., p. 161 ss.

<sup>47</sup> Per una presentazione generale del tema dell'impatto dei diritti umani sul diritto internazionale privato v. P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *RCADI*, vol. 331, 2005, F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007, nonché i contributi in G. CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009.

tistiche, quali la *méthode de la reconnaissance*, che vengono a completare e talvolta a contrapporsi a metodologie più tradizionali<sup>48</sup>.

Si è da tempo dimostrato quanto fossero infondate le tesi che attribuivano al diritto internazionale privato, e specificamente il diritto internazionale privato italiano, un carattere eminentemente tecnico e pertanto assiologicamente neutrale. A vent'anni da Tampere, esso si conferma come un ramo del diritto cui spetta regolare la vita giuridica internazionale delle persone e assicurarne la continuità delle situazioni giuridiche attraverso le frontiere, contribuendo in tal modo a soddisfare le esigenze di tutela dei valori sottostanti alla disciplina di quelle situazioni. Le difficoltà applicative che si sono segnalate sono per lo meno in parte connaturate alla complessità della materia, ma sono al tempo stesso legate all'attuale fase di costruzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che determina la coesistenza di fonti autonome e non sempre sufficientemente coordinate. Uno sforzo diretto a migliorare questo coordinamento e mitigare per quanto possibile le indicate difficoltà rappresenta una delle maggiori sfide del tempo presente per il diritto internazionale privato.

<sup>48</sup> Cfr. l'analisi svolta in merito, proprio nella prospettiva di una revisione della legge italiana di diritto internazionale privato, da A. DAVÌ, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 319, il quale ritiene che sarebbe opportuno garantire la continuità internazionale degli *status* e delle altre situazioni giuridiche di diritto personale e familiare adottando norme che facciano ricorso al metodo del riconoscimento, specialmente nei settori del diritto al nome, del matrimonio, delle unioni civili e della filiazione. Sulla *méthode de la reconnaissance* v. altresì A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé. Cours général*, in *RCADI*, vol. 341, 2009, p. 326 ss.; P. LAGARDE, *La reconnaissance mode d'emploi*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 481; P. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 550; F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *RCADI*, 2019, vol. 395, p. 21 ss.

*Abstract*QUALCHE RIFLESSIONE SUL DIRITTO INTERNAZIONALE  
PRIVATO ITALIANO A VENT'ANNI DAL CONSIGLIO  
EUROPEO DI TAMPERE

Il diritto internazionale privato italiano ha subito profonde modifiche ad opera degli interventi legislativi dell'Unione europea diretti alla costruzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Il contributo presenta un bilancio dell'attuazione del programma adottato nel 1999 a Tampere sull'ordinamento italiano, analizzandone i diversi aspetti e ponendo in particolare evidenza la necessità di un coordinamento fra le diverse fonti, che rende opportuno un riordino della materia.

SOME REFLECTIONS ON ITALIAN PRIVATE  
INTERNATIONAL LAW TWENTY YEARS AFTER THE  
TAMPERE EUROPEAN COUNCIL

Italian private international law has undergone profound changes as a result of the European Union legislative interventions aimed at building the area of freedom, security and justice. The contribution presents an assessment of the implementation of the programme adopted in Tampere in 1999 on the Italian legal system; it analyses its different aspects and indicates in particular the need for coordination between the different sources, which may suggest the need for a reorganization of the matter.

# LO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA E LA FAMIGLIA NELLA PLURALITÀ DEI MODELLI CULTURALI

*Lina Panella\**

SOMMARIO: 1. L'azione dell'Unione europea nel settore di diritto di famiglia: dalla mancanza di competenza espressa nei trattati alla erosione del potere statale. – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ed il riferimento alla libera circolazione delle persone ed alla protezione dei diritti fondamentali. – 3. Il riconoscimento della *kafalah* nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 4. La rilevanza della *kafalah* nell'ordinamento italiano. – 5. Brevi osservazioni conclusive.

1. *L'azione dell'Unione europea nel settore di diritto di famiglia: dalla mancanza di competenza espressa nei trattati alla erosione del potere statale*

Negli ultimi sessant'anni grandi passi in avanti sono stati fatti in termini di diritti e di qualità della vita grazie al processo d'integrazione europea. Una pace duratura e la crescente tutela dei diritti fondamentali della persona, entrambe conquiste quotidiane spesso considerate scontate, che hanno caratterizzato il processo d'integrazione europea, hanno di fatto limitato la forza dello Stato, delimitandone la capacità di intervento. Si è, altresì, incoraggiata una collaborazione in un contesto di pace, sicurezza e giustizia, elaborando un'identità europea basata su valori comuni, che “si aggiunge” ma non nega le singole identità nazionali.

L'integrazione tra storie, culture, identità, ma nel rispetto della democrazia e dei valori degli Stati membri, ci sembra che trovi un esempio significativo in quanto è avvenuto nell'ambito della protezione della “famiglia” o per meglio dire nell'evoluzione del diritto di famiglia.

La famiglia in Europa è una istituzione plurale<sup>1</sup>. Infatti Per quan-

\* Professore ordinario di Diritto Internazionale – Università degli Studi di Messina.

<sup>1</sup> La definizione si deve a V. SCALISI, “Famiglia” e “Famiglie” in Europa, in *Rivista di diritto civile*, 2013, n. 1, pp. 7-24. Analogo concetto viene espresso da F.D. BUSNELLI, *Prefazione*, in D. AMRAM, A. D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea*, Padova, 2011, p. IX, che parla di “famiglia in frantumi”.



to il modello più diffuso resti quello della famiglia eterosessuale monogamica fondata sul matrimonio, non sono pochi ormai gli Stati membri dell'Unione che ammettono anche le convivenze non matrimoniali sia registrate che di fatto, sia etero che omosessuali, regolate da una legislazione spesso simile a quelle della famiglia tradizionale.

Sensibili differenze tra i diversi ordinamenti sussistono anche con riferimento allo stesso modello tradizionale di famiglia su aspetti fondamentali come il regime patrimoniale o, riguardo alla filiazione, per quel che attiene alla estensibilità del cognome materno, solo per fare alcuni esempi<sup>2</sup>. Questo spiega perché, tradizionalmente, tale disciplina ha costituito oggetto di competenza esclusiva degli ordinamenti nazionali che, nel disciplinarla, si sono ispirati a principi culturali, etici, sociali e religiosi spesso profondamente diversi tra loro. Ciò comporta l'estrema difficoltà di regolare, in maniera adeguata ed esaustiva rapporti personali e patrimoniali che oggi, con sempre maggiore frequenza data la crescente globalizzazione della società, si instaurano tra soggetti di nazionalità diverse o che, pur di nazionalità comune, stabiliscono il centro della propria vita in un Paese diverso<sup>3</sup>. Peraltro, l'esigenza che anche rapporti di famiglia a carattere transnazionale ricevano una disciplina adeguata, che tenga conto delle differenze esistenti tra le legislazioni nazionali, e nello stesso tempo ne preveda un coordinamento, ha indotto a ricercare soluzioni di diritto materiale, ma anche internazionale privato e processuale a livello sovranazionale.

È proprio nell'ambito del diritto dell'Unione europea che queste esigenze di regolamentare e nello stesso tempo di coordinare

<sup>2</sup> Sul problema del cognome materno cfr., fra gli altri, G. AUTORINO, P. STANZIONE, *Attribuzione e trasmissione del cognome. Profili comparatistici*, in G. AUTORINO, F. NADDEO, P. STANZIONE, *Studi sul diritto di famiglia*, Salerno, 2012, pp. 9-104; G. PIGNATARO, *Il cognome materno (art.8 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto dell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016, pp. 657-671. Ci sia consentito fare riferimento anche a M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome ai figli in una recente sentenza della corte europea dei diritti dell'uomo: l'affaire Cusan e Fazzo c. Italia*, in *Ordine internazionale e Diritti umani*, reperibile sul sito [www.rivistaOIDU.net](http://www.rivistaOIDU.net), 2014, n. 2, pp. 22-246.

<sup>3</sup> Sull'argomento, solo per citare il contributo più recente, cfr. L. CARPANETO, F. PESCE, I. QUEIROLO, *La "famiglia in movimento" nello spazio europeo di libertà e giustizia*, Torino, 2019.

legislazioni diverse rispetto ad istituti che Edoardo Vitta definiva «sconosciuti nel senso di privi di un corrispettivo nel nostro ordinamento» hanno determinato i cambiamenti più importanti.

Non è questa la sede per analizzare l'evoluzione dell'interesse della Comunità prima e dell'Unione dopo in materia di diritto di famiglia: ma pur sempre sono necessarie alcune brevi considerazioni. I precedenti trattati istitutivi della Comunità e dell'Unione non contenevano alcun riferimento alla famiglia, non essendoci nessun articolo che attribuisse competenze esclusive o concorrenti all'Unione su tale argomento<sup>4</sup>. Anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione europea non ha acquisito alcuna specifica competenza per emanare atti vincolanti relativamente al diritto materiale di famiglia. È superfluo ricordare che, in base all'art. 3, par. 6 TUE, l'Unione «persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze che le sono attribuite dai Trattati» e il successivo art. 5 specifica che la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione.

A fronte di questo dato formale, tuttavia, l'azione dell'Unione, come vedremo nelle pagine seguenti, è diventata sempre più incisiva in materia di protezione della “famiglia” nella sua accezione più ampia. Viene infatti superato il disinteresse che ha caratterizzato fino a pochi anni or sono l'azione della Comunità (Unione) europea su tale argomento che, comunque, era ben accettato dagli Stati stessi. Tale “trascuratezza” delle istituzioni comunitarie in realtà rappresentava il compromesso dovuto all'incontro di interessi coincidenti, di cui erano portatori la Comunità da un lato e gli Stati membri, dall'altro: la prima agendo per la realizzazione del mercato unico non si è tradizionalmente preoccupata del diritto di famiglia, permettendo così

<sup>4</sup> Unica eccezione era rappresentata dall'art. 67 del TCE che dopo aver stabilito al c.1 che «Per un periodo transitorio di cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, il Consiglio delibera all'unanimità su proposta della Commissione o su iniziativa di uno Stato membro e previa consultazione del Parlamento europeo», specifica al c. 5 che «In deroga al paragrafo 1, il Consiglio adotta secondo la procedura di cui all'articolo 251: – le misure previste all'articolo 63, punto 1) e punto 2), lettera a), purché il Consiglio abbia preliminarmente adottato, ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo, una normativa comunitaria che definisca le norme comuni e i principi essenziali che disciplinano tali materie, – le misure previste all'articolo 65, ad esclusione degli aspetti connessi con il diritto di famiglia».

agli Stati, restii a cedere competenze in un settore legato a tradizioni culturali, etiche e religiose, di rimanere gli esclusivi titolari delle attribuzioni necessarie per la disciplina dello stesso<sup>5</sup>. Ad una prima fase, caratterizzata dall'emanazione di atti non vincolanti, specialmente del Parlamento europeo, quali ad esempio le numerose risoluzioni in materia di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui, ne è seguita un'altra, in cui l'impatto del processo di integrazione europea sul settore in esame è andato facendosi sempre più pregnante sia per la natura degli atti, che hanno assunto la forma di strumenti comunitari vincolanti, sia per le finalità perseguite.

La posizione dell'Unione europea ha avuto, come è noto, un *revirement* con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009, che alla parte III del titolo V del TFUE, denominato Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, disciplina la cooperazione giudiziaria in materia civile. In questo settore le istituzioni europee godono di una competenza concorrente con quella degli Stati: ciò significa che l'azione dell'Unione deve essere legittimata sulla base dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà *ex art. 5, par. 3 e 4, TUE*. L'azione dell'Unione deve essere rivolta alla realizzazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed *extra* giudiziali e, solo a tal fine, può includere anche l'azione di misure intese a promuovere la compatibilità delle regole applicabili, nei singoli Stati membri.

Inoltre non è superfluo ricordare che l'art. 81, par. 3, TFUE prevede che le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale che richiede l'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo. In base a tale norma gli Stati si riservano un rigoroso controllo in materia di diritto di famiglia, che essi possono esercitare mediante il potere di veto sia in sede di Consiglio che attraverso i rispettivi Parlamenti nazionali che, come stabilisce l'articolo 81, par. 3, TFUE sono informati della proposta e se un Parlamento nazionale comunica la sua opposizione entro sei mesi dalla data di tale informazione, la decisione non è adottata. Tale disposizione dell'art. 81 TFUE completa quanto previsto dal Protocollo

<sup>5</sup> In questo senso, S.M. CARBONE, C. TUO, *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 301-324.

n. 2 allegato al Trattato di Lisbona sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità che non solo prevede l'obbligo per la Commissione di trasmissione dei progetti legislativi ai singoli Parlamenti nazionali, ma questi entro otto settimane «possono inviare ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, un parere motivato che espone le ragioni per le quali ritiene che il progetto in causa non sia conforme al principio di sussidiarietà»<sup>6</sup>.

Nonostante le espresse disposizioni dei Trattati istitutivi, però, nella pratica normativa e giurisprudenziale, la competenza delle istituzioni europee è andata via via espandendosi e la linea di demarcazione tra le competenze nazionali e quelle dell'Unione si sta gradualmente spostando a favore di quest'ultima, comportando una visibile erosione delle prerogative degli Stati membri. Riguardo questa "estensione" delle competenze dell'Unione in materia di diritto di famiglia, pur nella consapevolezza della necessità di una armonizzazione, sono state avanzate non poche perplessità che riguardano, da un lato, la tecnica impiegata a livello europeo per ingerirsi nel settore in esame attraverso una progressiva ed inesauribile invasione degli spazi riservati alla sovranità statale. Si ricorda che molti degli atti adottati in materia di diritto di famiglia sono regolamenti<sup>7</sup>. Dall'altro lato, le perplessità nascono dalla circostanza che il diritto di famiglia venga disciplinato con una logica di mercato: proprio perché l'Unione europea non ha, in via di principio, competenza in materia, essa non può che giustificare il proprio intervento in base all'esigenza di tutelare le libertà fondamentali garantite dai Trattati, in particolare la libera circolazione delle persone, che è l'effetto utile che si deve realizzare. In questo senso l'Unione europea si prefigge di definire norme comuni di diritto di famiglia affinché i cit-

<sup>6</sup> Per quanto riguarda norme che possono avere incidenza sul diritto di famiglia, si ricorda il parere del 27 maggio 2011 della Repubblica di Polonia con cui si è contestata la violazione del principio di sussidiarietà da parte delle istituzioni europee per quanto riguarda la proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, sostenendo che «tra le competenze dell'Unione europea non rientra l'adozione di atti legislativi in materia di famiglia».

<sup>7</sup> Per un esame dei regolamenti adottati in materia di diritto di famiglia cfr., fra gli altri, I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, IV ed., Torino, 2019.

tadini europei non incontrino ostacoli all'esercizio dei loro diritti per il fatto di vivere in Paesi diversi dall'UE o di essere trasferiti da un Paese all'altro nel corso della loro vita<sup>8</sup>.

La considerazione che la potestà ed il controllo degli Stati membri sulla materia in esame stiano inesorabilmente affievolendosi a favore di quelli sovranazionali trova esplicita conferma nella giurisprudenza della CGUE che ai fini dell'interpretazione degli strumenti normativi preordinati alla realizzazione dello spazio giudiziario europeo, impone di privilegiare quella che, più di ogni altra, ne garantisca l'effettività e l'effetto utile.

Non è certo oggetto di questo lavoro approfondire la nozione di "effetto utile" ai fini dell'interpretazione del diritto dell'Unione europea. Ci limitiamo solo ad affermare che, secondo noi, più che mai nell'espansione delle competenze dell'Unione nell'ambito del diritto di famiglia, operato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, viene in evidenza quello che è stato definito il carattere "camaleontico" dell'effetto utile<sup>9</sup>. D'altra parte, come la giurisprudenza della Corte dimostra, il ricorso all'azione del principio di effetto utile si manifesta su tre livelli: per evitare un risultato assurdo ed improbabile; per conferire ai Trattati un minimo di efficacia; per conferire loro un'efficacia massima<sup>10</sup>.

## 2. *La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ed il riferimento alla libera circolazione delle persone ed alla protezione dei diritti fondamentali*

Il primo strumento che ha consentito alla Comunità prima ed all'Unione dopo di occuparsi di diritto di famiglia è stata la politica sociale europea ed in particolare la libera circolazione delle persone.

Con la direttiva 2004/38 del Parlamento europeo e del Consiglio

<sup>8</sup> In questo senso, I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, cit., p. 186.

<sup>99</sup> In questo senso, I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017.

<sup>10</sup> Così P. PESCATORE, *Monisme, dualisme et "effet utile", dans la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté européenne*, in *Une Communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, Berlino, 2003, p. 340.

del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, si è, infatti, provveduto a disciplinare il diritto dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari extracomunitari a circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, precisando, a tal fine, che nella nozione di "familiare" sono inclusi non solo il coniuge, ma anche il *partner* che abbia contratto con il cittadino europeo un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro che la equipari al matrimonio, nonché i discendenti diretti di età inferiore a ventuno anni o a carico e quelli del coniuge o *partner* e, infine, gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o *partner* (art. 2). Pur non introducendo una definizione autonoma e uniforme di famiglia, ma anzi rinviando per l'identificazione del che possa fruire del diritto a ricongiungimento, alla legislazione dello Stato membro di provenienza in combinato con quella dello Stato membro ospitante, la direttiva non di meno invita i Paesi dell'Unione europea ad agevolare l'ingresso ed il soggiorno sia del *partner* con cui il cittadino europeo abbia una relazione stabile "debitamente attestata" sia, più in generale, di ogni altro componente della famiglia che, nel Paese d'origine, è a carico o convive con il cittadino (art. 3). Un'indicazione, quest'ultima, che di fatto pare favorire l'*equiparazione* dei *partners* legati da accordi di coabitazione *ai coniugi* uniti in matrimonio con conseguente, prevedibile, sanzione di illegittimità per contrasto con il diritto dell'Unione europea di decisioni di diniego al loro ingresso adottate dalle competenti autorità nazionali senza un'adeguata motivazione.

Questa direttiva completa la direttiva 2003/86 che precisa i contorni del ricongiungimento familiare del cittadino extracomunitario, secondo quanto dispone il suo art. 1 «Lo scopo della presente direttiva è quello di fissare le condizioni dell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare di cui dispongono i cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio degli Stati membri».

Ma l'incidenza del diritto dell'Unione sulla disciplina nazionale della famiglia si è realizzata anche attraverso la tutela dei diritti fondamentali di cui la Corte di Lussemburgo si è resa principale promotrice. Vero è, infatti, che tali diritti sono desunti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), ed è altrettanto vero che, nell'inter-

pretarli ed applicarli, la Corte di giustizia si è sempre richiamata alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. A tale proposito è d'obbligo ricordare che la Carta dei diritti fondamentali proclama non solo il rispetto alla vita familiare, come sancito nella CEDU, ma anche il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia senza alcuna specificazione riguardo il sesso. Infatti l'art. 9 della Carta prevede che il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio senza ulteriore specificazione, a differenza di quanto avviene nell'art. 12 della CEDU, secondo cui: «a partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

Ed è proprio in applicazione delle norme derivate in materia di libera circolazione delle persone e delle norme poste a tutela della "famiglia" in senso ampio, senza alcun riferimento alla differenza di sesso, che il diritto di famiglia pur in mancanza di competenza espressa dell'Unione diviene...sempre più europeo.

A dimostrazione di quanto affermato, nelle pagine seguenti ci occuperemo di un istituto di diritto islamico, la *kafalah*, e della sua rilevanza nel nostro ordinamento proprio in applicazione delle norme di diritto derivato di cui si è detto in precedenza.

### 3. *Il riconoscimento della kafalah nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*

Fra gli istituti di diritto straniero che sempre più spesso richiedono un riconoscimento negli ordinamenti occidentali, oltre alla più nota poligamia, vi è la *kafalah*. In vigore in molti Paesi islamici la *kafalah* è un particolare istituto giuridico, attraverso il quale un minore in precarie condizioni economiche (denominato *Ma'kful*) viene affidato ad un soggetto (denominato *Kafil*), che si impegna al suo mantenimento fino al raggiungimento della maggiore età o, per le donne, fino al matrimonio<sup>11</sup>. Con la *kafalah*, per il minore non si instaurano rap-

<sup>11</sup> Sull'argomento cfr., fra gli altri, A. CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafala*, in *Atti del convegno su il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della Kafala. La Tutela dei minori di cultura islamica nell'area medi-*

porti di parentela con il nuovo nucleo familiare, né si interrompono i legami con il nucleo di origine, non dando luogo ad un rapporto di filiazione. Infatti per il Corano, principale fonte del diritto islamico, il vincolo di filiazione può instaurarsi solo attraverso il rapporto biologico, e limitatamente alla linea paterna, solo se avvenuto in costanza di matrimonio. La *kafalah*, inoltre, non può essere paragonata all'adozione, che peraltro, è vietata in molti Paesi islamici, in quanto non possono includersi nella famiglia soggetti che non abbiano con essa un legame biologico, ma ha il solo obiettivo di soddisfare il principio del Corano secondo cui ogni «buon musulmano» deve aiutare le persone bisognose ed in particolare gli orfani.

Possono distinguersi due fattispecie di *kafalah*: la prima di carattere pubblicistico, quando il minore viene affidato alla nuova “famiglia” con provvedimento giudiziario all'esito di un procedimento che accerta e dichiara lo stato di abbandono del *makful* e l'idoneità del *kafil*; la seconda di carattere negoziale o convenzionale, che consiste in un atto notarile tra affidante e affidatario, sottoposto ad omologazione dell'autorità giudiziaria. Questa differenza dell'atto giuridico che sta alla base della *kafalah* è importante, perché la giurisprudenza italiana solo recentemente ha riconosciuto validità nel nostro ordinamento ad entrambe le tipologie<sup>12</sup>.

Sulla *kafalah*, sia le Corti europee sovranazionali, Corte EDU e CGUE, sia i Tribunali di merito e la Corte di Cassazione italiani sono

*terranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Napoli, 2011, p. 219 ss.; F. DI PIETRO, *La Kafalah islamica e le sue applicazioni alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista OIDU*, 2016, p. 91 ss.

<sup>12</sup> L'istituto della *kafalah* è, altresì, riconosciuto come strumento di protezione dei minori dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, che all'art. 20 prevede che lo Stato ha l'obbligo di proteggere, anche con misure speciali, il minore il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure, nel proprio interesse, che non possa continuare a vivere in tale ambiente. Tra le varie forme di protezione sostitutiva che gli Stati devono prevedere in simili casi, in conformità alla loro legislazione nazionale, è prevista espressamente, al co. 3, la “*kafalah* di diritto islamico”. Un riferimento alla *kafalah* come strumento di protezione dei minori si trova anche nella Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla *competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori*, che, all'art. 3 lett. e), prevede il «collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto o la sua assistenza legale tramite *kafalah* o istituto analogo».



state chiamati a pronunciarsi sull'efficacia di tale istituto, o come motivo di ricongiungimento familiare, o come presupposto per l'adozione o l'affidamento preadottivo.

Il 26 marzo 2019 la Corte di giustizia di Lussemburgo, con la sentenza della Grande sezione nel procedimento *SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, si è pronunciata per la prima volta sulla rilevanza da riconoscere alla *kafalah* nell'ordinamento dell'Unione europea<sup>13</sup>. In questo caso due coniugi di nazionalità francese, ma residenti in Regno Unito dove godono di un permesso di soggiorno permanente, hanno ottenuto da un Tribunale algerino di diventare tutori conformemente al regime della *kafalah*, di una bambina nata in Algeria ed abbandonata dai genitori naturali. Il Tribunale ha anche autorizzato che il cognome della bambina fosse sostituito con quello dei coniugi *kafil*. Una volta rientrati nel Regno Unito, i due coniugi hanno presentato una domanda di permesso di soggiorno per la bambina, in quanto loro figlia adottiva. La domanda è stata respinta poiché il regime della *kafalah* algerina non è riconosciuta come adozione nel Regno Unito e, fra l'altro, non era stata presentata alcuna domanda di adozione internazionale. Tale decisione è stata impugnata dinanzi all'*Upper Tribunal (Immigration and Asylum chamber)* che, invece, con sentenza del 14 maggio 2014, ha accolto la domanda per ottenere il permesso di soggiorno, ritenendo che, pur se la bambina non poteva essere considerata "familiare" di un cittadino dell'Unione, ai sensi dell'art.7 dell'*Immigration European Economic Area Regulations* del 2006, essa era comunque «un membro della famiglia allargata» di questo cittadino ai sensi dell'art. 8 di tale atto. Contro tale sentenza di accoglimento, l'autorità competente in materia di permessi di ingresso ha interposto ricorso davanti la *Court of Appeal (England & Wales) (Civil division)*, che lo ha accolto. Avverso tale pronuncia è stata adita la *Supreme Court* del Regno Unito che ha deciso di sospendere il giudizio e di proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo. Il giudice del rinvio ha posto alla Corte la questione pregiudiziale per conoscere se un minore che si trova sotto la tutela legale di uno o più cittadini dell'Unione in virtù dell'istituto della *kafalah* o di altro

<sup>13</sup> Per un commento alla sentenza cfr. G. PASCALE, *Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e Kafala islamica nella sentenza SM della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Studi integr. eur.*, 2019, n. 3, p. 795.

istituto equivalente previsto dalla legge del suo Paese, rientri nella definizione di “discendente diretto” ex art. 2, p. 2, lett. c) della direttiva 2004/38/CE. La Corte UE, nella sua sentenza, fa notare che la direttiva non contiene alcun rinvio esplicito alle norme dei singoli Stati per determinare la portata della nozione di “discendente diretto”, e che comunque non bisogna limitarsi ad una interpretazione letterale ma, secondo una giurisprudenza consolidata, tenere conto anche del contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa stessa. In tal senso, sebbene la nozione di “discendente diretto” rinvii all’esistenza di un legame di filiazione che unisce la persona interessata ad un’altra persona, deve ricomprendere qualsiasi rapporto di filiazione, sia esso di natura biologica o giuridica.

Per contro l’interpretazione estensiva, non può far rientrare nella nozione di “discendente diretto” un minore sottoposto a qualsiasi tipo di tutela legale di un cittadino dell’Unione. Nel caso in esame, secondo la Corte, il fatto che un minore sia affidato ad una coppia in regime di *kafalah*, non crea un legame di filiazione tra il minore ed il *kafil*, tale da farlo ritenere suo “discendente diretto” e quindi nei suoi confronti non può essere applicato l’art. 2, p. 2, lett. c) della direttiva citata.

La Corte, altresì, non si limita a negare la qualifica di “discendente diretto” al minore, ma va oltre, sostenendo che un minore in regime di *kafalah*, rientra nella nozione, ben più ampia, di “altro familiare” di cui all’art. 3, par. 2, lett. a) della stessa direttiva, per il quale le autorità nazionali competenti devono *agevolare* l’ingresso ed il soggiorno del minore se convive o è a carico di un cittadino dell’Unione titolare del permesso di soggiorno a titolo principale. Infatti, come risulta dal considerando 6 della direttiva, il suo obiettivo principale è quello di «preservare l’unità della famiglia in senso più ampio», favorendo l’ingresso di persone che presentano vincoli familiari stabili con un cittadino dell’Unione, quali l’appartenenza al nucleo familiare, la dipendenza economica, o gravi motivi di salute.

La Corte riconosce che ogni Stato gode di un ampio poter discrezionale nel determinare quali e in che modo valutare i singoli elementi da prendere in considerazione ai fini dell’individuazione dei “familiari”: ma tale discrezionalità deve essere esercitata nel rispetto delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali, ed in partico-

lare dell'art. 7 che riconosce il rispetto alla vita privata e familiare. Peraltro, secondo la Corte, nel caso in esame, tale articolo deve essere letto congiuntamente all'obbligo di tutelare l'interesse superiore del minore, garantito dall'art. 24, par. 2, della Carta stessa. Per queste ragioni, le autorità competenti dei singoli Stati, nell'esercitare il loro potere discrezionale al fine di agevolare l'ingresso ed il soggiorno di familiari, devono procedere ad una valutazione "equilibrata e ragionevole" di tutte le circostanze attinenti il singolo caso. Una attenzione particolare si impone nel caso di un minore affidato a cittadini dell'Unione, mediante l'istituto della *kafalah*: in caso di rifiuto si impedirebbe a costoro di esercitare il loro diritto ad una vita familiare e si priverebbe la direttiva 2004/38 del suo effetto utile.

Questa prima sentenza della Corte di Lussemburgo in materia di *kafalah* ci sembra importante per alcuni motivi fondamentali. Innanzitutto la Corte, pone al centro del suo ragionamento il diritto del minore di vivere in una famiglia che lo ha "scelto" ed in tal senso interpreta in modo estensivo le norme della direttiva 2004/38/CE, ampliando la cerchia di persone che possono godere del diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Si conferma in tal modo il ruolo fondamentale della Corte di giustizia nel promuovere l'incidenza del diritto dell'Unione sulla disciplina nazionale dei rapporti familiari attraverso la tutela dei diritti fondamentali, come dimostra, *inter alia*, il richiamo nella sentenza, oltre che alle norme della Carta, alla giurisprudenza della Corte EDU.

#### 4. *La rilevanza della kafalah nell'ordinamento italiano*

È importante analizzare, a questo punto, come reagiscono gli Stati di fronte all'"allargamento" *de facto* delle competenze dell'Unione, esaminando la giurisprudenza italiana più rilevante in materia di riconoscimento dell'istituto della *kafalah*, per verificare se ed in che modo l'orientamento della giurisprudenza sovranazionale è stato recepito.

Nel nostro Paese, i giudici si sono pronunciati sulla rilevanza della *kafalah* con riguardo a richieste di ricongiungimento familiare del minore all'affidatario, o riguardo le procedure di adozione dei minori. La posizione della giurisprudenza italiana a proposito dell'effettivi-

tà della *kafalah* riguardo entrambe le fattispecie delineate dimostra come il concetto di famiglia si è “ampliato”, e che oggi sono “le famiglie” che devono essere prese in considerazione ai fini di una adeguata tutela. Naturalmente operando sempre un preciso bilanciamento fra il principio di ordine pubblico interno, di cui viene data una lettura diversa, e gli interessi dei soggetti coinvolti.

Con diverse motivazioni riguardo la rilevanza dell’istituto della *kafalah*, la nostra giurisprudenza di merito ha sempre adottato una interpretazione estensiva dell’art. 29 co. 2, del testo unico sull’immigrazione che, in tema di ricongiungimento familiare, equipara i figli minori, i minori adottati, affidati o sottoposti a tutela, ma ne ha limitato, in un certo senso l’applicazione, qualificando il provvedimento di *kafalah* emesso dai tribunali stranieri (principalmente marocchini) come provvedimenti di volontaria giurisdizione ai sensi degli artt. 65 e 66 della l. 218 del 1995 e quindi concludendo che sulla scorta dell’art. 29 del d.l. n. 286/1998 la domanda di nulla osta al ricongiungimento deve essere avanzata, allo sportello unico presso la prefettura da chi vi abbia interesse<sup>14</sup>. A tale proposito è da sottolineare che il Governo italiano ha sempre avuto un atteggiamento negativo nei confronti del riconoscimento della *kafalah*, ed in particolare il ministero degli Affari esteri, riguardo le domande di visto per ricongiungimento.

Gli ostacoli posti in sede amministrativa, e dai Tribunali di merito, sono stati sovente superati dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. Alcune sentenze sono significative per evidenziare il tentativo della Corte di adeguarsi ad esigenze ormai non più procrastinabili di tutela di nuovi *status* personali che si manifestano nella nostra società.

In tale prospettiva sembra ormai superato il criticabile atteggiamento assunto dalla Corte in una decisione del 1996 quando essa ha dichiarato lo stato di adottabilità di due minori marocchine, nate e residenti in Italia, malgrado la richiesta di alcuni parenti di potersene prendere cura in base all’istituto della *kafalah*, avallando persino la richiesta di rimpatrio in Marocco avanzata dal Console italiano.

Nell sue prime sentenze la Corte di Cassazione ha esaminato casi di minori affidati in *kafalah* a cittadini non italiani, per cui molto

<sup>14</sup> V. Tribunale di Biella, decreto 7 marzo 2000; Tribunale di Milano, 12 marzo 2000.

spesso si faceva riferimento al divieto di adozione previsto dal diritto islamico o all'impossibilità di riconoscere l'istituto nel nostro ordinamento.

Un segnale di *revirement* nella giurisprudenza della Corte si ha con la sentenza n. 1843 del 2 febbraio 2015, in cui si affronta la richiesta di ricongiungimento familiare di un minore affidata in *kafalah* ad un cittadino italiano. Innanzitutto, allo scopo di garantire il *best interest of the child* si riconosce per la prima volta il principio secondo il quale non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale per ricongiungimento familiare di un minore affidato in *kafalah* a un cittadino italiano sulla base di una pronuncia straniera, qualora il minore abbia vissuto con il cittadino italiano o sia stato a suo carico nel paese di origine ovvero per motivi di salute debba essere da questi assistito. Quando si verificano queste ipotesi, secondo la Corte, bisogna fare riferimento agli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 30 del 2007 ed interpretare il termine familiare in modo estensivo, fino a comprendere chiunque abbia un legame affettivo e conviva stabilmente con una persona che si prenda cura di lui.

Questa sentenza si segnala, in quanto viene superato l'orientamento che si era affermato in precedenza, secondo cui il ricongiungimento poteva essere ottenuto solo nel caso in cui il minore fosse dato in *kafalah* a cittadini extracomunitari, dato il riconoscimento di questo istituto nel loro ordinamento. Secondo la Corte, l'interpretazione costituzionalmente adeguata dell'articolo 29 del D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, deve essere quella secondo cui, nel conflitto tra l'esigenza di protezione dei minori e quella della tutela delle frontiere, è necessario dare la prevalenza alla protezione del minore straniero e al suo superiore interesse. In tal senso l'esclusione del ricongiungimento familiare per i minori affidati in *kafalah* a cittadini italiani, penalizzerebbe i minori provenienti dai paesi islamici per i quali questo istituto costituisce l'unica forma di protezione e quindi violerebbe il principio di eguaglianza. Allo stesso modo, un'interpretazione delle norme che escluda la possibilità per il cittadino italiano di ottenere il ricongiungimento con un minore extracomunitario affidatogli con provvedimento di *kafalah*, farebbe sorgere lo stesso sospetto d'illegittimità costituzionale, per la disparità di trattamento che deriverebbe in danno dei cittadini italiani rispetto ai cittadini stranieri ai quali sarebbe consentito il ricongiungimento con i minori affidati in *kafalah*.

Inoltre secondo la Suprema Corte, l'istituto della *kafalah* non sarebbe contrario all'ordine pubblico internazionale, in quanto previsto dalla Convenzione di New York, come misura di protezione dei minori, né contrario all'ordine pubblico interno, poiché non verrebbero eluse le norme sull'adozione per il vincolo di natura profondamente diversa che si viene a creare. L'unica condizione che la sentenza esaminata pone per il riconoscimento della *kafalah* ai fini del ricongiungimento familiare è che essa sia stata pronunciata da un'autorità giudiziaria competente, escludendo quindi effetti analoghi nel caso della *kafalah* c.d. negoziale.

Quest'ultimo ostacolo affinché la *kafalah* venga considerato un istituto valido ai fini del ricongiungimento familiare è venuto meno con la sentenza della Corte di Cassazione, I sezione civile, del 24 novembre 2017, n. 28154, con cui si concede il visto di ingresso per ricongiungimento familiare ad un bambino marocchino preso in affidamento da un cittadino italiano grazie all'istituto islamico della *kafalah*, non disposta dal giudice, ma frutto di un accordo omologato da un'autorità pubblica dello Stato di origine del minore. A questa conclusione, la Suprema Corte è pervenuta basandosi esclusivamente sull'applicazione degli strumenti internazionali, anche se, come vedremo, non sempre sulla base di affermazioni del tutto corrette.

Con sentenza n. 2292/2014 la Corte d'Appello di Venezia ha respinto l'impugnazione proposta dal Ministero degli Affari esteri avverso l'ordinanza con cui il Tribunale di Treviso, su domanda di una cittadina italiana, ha annullato il provvedimento emesso dall'Ambasciata italiana a Rabat di diniego di rilascio di visto per ricongiungimento familiare richiesto dalla donna in favore di una minore, affidatale in Marocco in regime di *kafalah*, mediante accordo omologato da un notaio di Rabat. Per l'annullamento di questa pronuncia ricorre il Ministero degli esteri italiano richiamando la precedente giurisprudenza in cui le sezioni unite della Corte di Cassazione, avevano negato che la *kafalah* "convenzionale" sia pure omologata, potesse essere il presupposto per il ricongiungimento familiare. L'amministrazione ricorrente lamenta, inoltre, l'errata applicazione degli artt. 2 e 3, co. 2, lett. a) del decreto legislativo 30/2007 con cui si dà attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati mem-

bri e che individuano i soggetti aventi diritto al ricongiungimento. La Cassazione, nella sua pronuncia, mette in evidenza innanzitutto che l'istituto della *kafalah*, dato il divieto di adozione del diritto islamico, costituisce l'unico strumento di protezione dei minori che si trovano in stato di abbandono. Tale sistema di protezione è riconosciuto da fonti di diritto internazionale, in particolare dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, resa esecutiva in Italia con l. 24 maggio 1991 n. 176. La *kafalah* è prevista anche, come ribadisce la Corte, dalla Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e sulla protezione del minore, che include l'istituto islamico tra le diverse forme di protezione del minore. A proposito di questa ultima Convenzione è da dire che l'Italia l'ha ratificata e ne ha dato esecuzione con la legge 18 giugno 2015, n. 101 ed è entrata in vigore il 1° gennaio 2016. Tuttavia, come si evince da uno studio pubblicato nel luglio 2015 sul disegno di legge presentato al Senato<sup>15</sup>, in sede di discussione nelle Commissioni giustizia ed esteri riunite, è stata adottata la decisione di stralciare le norme di adeguamento riferite alla *kafalah* in ragione dell'esigenza, da un lato, di procedere alla immediata ratifica della Convenzione, il cui ulteriore ritardo avrebbe comportato il rischio di una possibile apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea, e, dall'altro, dalla necessità di approfondire le questioni sottese alle norme di adattamento, stante la difficile compatibilità di questo istituto con l'ordinamento giuridico vigente. La Corte di Cassazione, nella sentenza, pur richiamando la Convenzione del 1996, con una osservazione certamente non corretta, afferma che «*la Convenzione è sottoscritta ma non ancora ratificata e resa esecutiva in Italia*», ma ne ritiene ugualmente obbligatoria l'applicazione nel nostro Paese in base alla decisione del Consiglio dell'Unione europea n. 2008/431/CE del 5 giugno 2008, che all'art. 3, prevedeva l'obbligo di ratificare la Convenzione «*se possibile anteriormente al 5 giugno 2010*»<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Disegno di legge n.1552.

<sup>16</sup> Al momento in cui si scrive è in attesa di esame una proposta di legge-DDI 1552-*bis* rubricata "norme di adeguamento dell'ordinamento interno alla Convenzione dell'Aja del 1996" che contiene disposizioni specifiche volte a regolamentare dettagliatamente i presupposti e gli effetti del riconoscimento dei provvedimenti pronunciati all'estero.

### 5. *Brevi osservazioni conclusive*

La Corte di cassazione si dimostra sempre più aperta verso i principi di diritto internazionale e di diritto europeo, quando afferma che l'interesse preminente da tutelare è quello del minore e quindi la valutazione circa la possibilità di consentirgli l'ingresso in Italia ed il ricongiungimento familiare non può essere esclusa in considerazione dell'istituto della *kafalah* negoziale. La Corte, dunque, adotta un'interpretazione costituzionalmente orientata e rispettosa dei principi affermati dall'art. 3 della Convenzione di New York e dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che al 2° comma stabilisce che «in tutti i procedimenti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, “l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente”». Non può, dunque, negarsi che anche una minore straniera affidata a un cittadino italiano in virtù di un provvedimento di *kafalah* di origine negoziale, omologato da un'autorità pubblica, possa rientrare – come accertato dal giudice di merito – nella nozione di “altri familiari” di cui all'art. 3, comma 2, lett. a), d.lgs. 30/2007.

Da quanto abbiamo detto in precedenza emerge con chiarezza il ruolo fondamentale della giurisprudenza sovranazionale e nazionale per superare le difficoltà che gli strumenti giuridici non riescono a risolvere, davanti all'emersione di istituti sconosciuti nei nostri ordinamenti, ma che oggi diventano sempre più usuali. In particolare il limite dell'ordine pubblico, sia interno che internazionale, per sua natura “dinamico”, risulta sempre più difficile da applicare.

L'unica soluzione, certo di non facile attuazione, è quella di un riconoscimento di istituti distanti ma non incompatibili con il nostro sistema giuridico, con la sola possibilità di escludere, nei singoli casi, gli effetti contrari soprattutto ad una protezione effettiva dei diritti dei singoli.

Ci rendiamo perfettamente conto che questo orientamento potrebbe condurre a “ridisegnare” o meglio a “re-interpretare” i principi fondamentali del nostro ordinamento: ma forse questo ci impone la società odierna.



*Abstract*

## LO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA E LA FAMIGLIA NELLA PLURALITÀ DEI MODELLI CULTURALI

Il processo di internazionalizzazione delle relazioni familiari è il risultato dei mutamenti avvenuti nella nostra società. L'articolo esamina come l'Unione europea, pur non avendo competenza in materia di diritto di famiglia, attraverso la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo abbia determinato una erosione della sovranità degli Stati in questa materia. Per dimostrare quanto sostenuto si esamina la rilevanza che la Corte ha attribuito all'istituto di diritto islamico della *kafalah* e la sua incidenza nell'ambito dell'ordinamento italiano.

## THE AREA OF FREEDOM, SECURITY AND JUSTICE AND THE FAMILY IN THE PLURALITY OF CULTURAL MODELS

The internationalization process of family relationships is the result of changes in our society. This article highlights how the European Union, while not having competence in the field of family law, through the jurisprudence of the Luxembourg Court has eroded the sovereignty of States in this matter. In order to demonstrate what has been argued, the study examines the Islamic institute of *kafalah* and the relevance attributed to it by the jurisprudence of the Court and its influence in the Italian legal system.

IL PRINCIPIO DEI *BEST INTERESTS OF THE CHILD*  
NEGLI STRUMENTI DI COOPERAZIONE  
GIUDIZIARIA CIVILE EUROPEA

*Maria Caterina Baruffi\**

SOMMARIO: 1. L'interesse superiore del minore in ambito internazionale e dell'Unione europea, con specifico riguardo al regolamento 2201/2003. – 2. L'interesse superiore del minore quale guida nell'individuazione delle regole di competenza giurisdizionale. – 3. L'interesse superiore del minore e la proroga di competenza. – 4. Il trasferimento della causa alla luce dell'interesse superiore del minore. – 5. Ordine pubblico internazionale e interesse superiore del minore. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *L'interesse superiore del minore in ambito internazionale e dell'Unione europea, con specifico riguardo al regolamento 2201/2003*

L'espressione «miglior interesse del minore» o «superiore interesse del minore», o, in modo forse più conosciuto, «*best interests of the child*»<sup>1</sup>, è divenuta una formula quasi di rito, che si rinviene, a volte apoditticamente, in ogni testo in cui si parli, a qualunque titolo, di minori.

Ben nota è la sua origine nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989<sup>2</sup>, che, all'art. 3, prevede la necessi-

\* Professore ordinario di Diritto Internazionale – Università degli Studi di Verona.

<sup>1</sup> Sull'uso terminologico, v. E. LAMARQUE, *I best interests of the child*, in AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, Roma, 2019, pp. 140-161.

<sup>2</sup> La Convenzione è stata ratificata da un numero talmente elevato di paesi, centonovantasei (per un aggiornamento cfr. il sito delle Nazioni unite [www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx](http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx)), da farla considerare un testo universale. Essa è stata approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con legge del 27 maggio 1991, n. 176, depositata presso le Nazioni Unite il 5 settembre 1991. La sua rilevanza è anche legata al fatto che «opera una radicale trasformazione della considerazione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, assumendo una diversa impostazione in merito alla loro definizione e alla loro titolarità»: F. POCAR, *La CRC nel sistema delle Nazioni Unite*, in

tà che in tutte le decisioni, siano esse di competenza «delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi», che riguardano i minori<sup>3</sup> l'elemento che deve avere una considerazione preminente è il loro «interesse superiore»<sup>4</sup>. Il principio del superiore interesse, che è divenuto il fondamento dell'intero sistema convenzionale, non viene tuttavia definito nella Convenzione. Assume così un ruolo decisivo il *General Comment no. 14* del Comitato ONU per i diritti del fanciullo<sup>5</sup>, in cui è declinata una nozione fondata su tre elementi. In primo luogo, l'interesse superiore del minore è considerato un vero e proprio diritto sostanziale, nel senso che la situazione del minore deve essere letta alla luce di tale principio; in secondo luogo, esso diviene una fonte interpretativa<sup>6</sup>, necessaria per colmare eventuali lacune presenti in altri testi

AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *La Convenzione delle Nazioni Unite*, cit., pp. 12-19, a p. 13. In generale, si veda, anche per riferimenti bibliografici, M. DISTEFANO, *Commento alla Convenzione delle Nazioni Unite 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo*, in A. ZACCARIA (diretto da), *Commentario breve al diritto della famiglia*, IV ed., Padova, 2020, pp. 3336-3345.

<sup>3</sup> O «fanciulli», come compare nella traduzione in italiano del testo della norma. Tuttavia, l'UNICEF Italia sottolinea che sarebbe preferibile utilizzare i termini bambino, ragazzo e adolescente, anziché fanciullo (si rinvia al sito dell'Unicef Italia: [https://www.unicef.it/Allegati/Convenzione\\_diritti\\_infanzia\\_1.pdf](https://www.unicef.it/Allegati/Convenzione_diritti_infanzia_1.pdf)).

<sup>4</sup> Il superiore interesse del minore è uno dei quattro principi fondamentali che la Convenzione enuncia. Ad esso si affiancano quelli di non discriminazione, previsto all'art. 2 (i diritti sanciti dalla Convenzione devono essere garantiti a tutti i minori, senza distinzione di razza, sesso, lingua, religione, opinione del bambino/adolescente o dei genitori), il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo *ex art. 6*: gli Stati devono impegnare il massimo delle risorse disponibili per tutelare la vita e il sano sviluppo dei bambini, anche tramite la cooperazione tra Stati e, infine, l'ascolto delle opinioni del minore (art. 12), consistente nel diritto dei bambini ad essere ascoltati in tutti i processi decisionali che li riguardano, e il corrispondente dovere, per gli adulti, di tenerne in adeguata considerazione le opinioni così espresse.

<sup>5</sup> COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILDREN, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, adopted by the Committee at its sixty-second session (14 January – 1 February 2013), si rinvia, per la versione italiana, al sito dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza: [https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/commento\\_generale\\_14.pdf](https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/commento_generale_14.pdf).

<sup>6</sup> Sull'utilizzo della Convenzione di New York – e della prassi del Comitato dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza – da parte della Corte di Strasburgo nell'interpretazione delle norme della CEDU, cfr. A. ANNONI, *La CRC e la Convenzione europea dei diritti*

normativi, e, infine, il principio in questione costituisce una regola di procedura, con il conseguente obbligo di motivazione di ogni provvedimento adottato nei riguardi del minore alla luce del principio stesso.

Emerso nell'ambito del diritto internazionale, il principio dell'interesse superiore del minore si è esteso anche al diritto dell'Unione europea, dove costituisce un principio guida, a livello normativo, informando di sé numerose disposizioni<sup>7</sup>, sparse nei vari regolamenti emanati nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile, in particolare della famiglia. Il regolamento 2201/2003<sup>8</sup> costituisce un esempio emblematico di come il legislatore europeo abbia aderito a tale impostazione nell'emanazione delle norme sulla competenza giurisdizionale e sul riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale<sup>9</sup>, innovando sensibilmente la normativa fino a quel momento in vigore<sup>10</sup>. Inoltre, sempre in ambito UE, il superiore interesse del minore rappresenta, a livello interpretativo, al

*dell'uomo*, in AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *La Convenzione delle Nazioni Unite*, cit., pp. 20-42, spec. p. 24 ss. L'A. analizza anche il ruolo del principio nella giurisprudenza della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo (p. 28 ss.).

<sup>7</sup> Si veda, per tutti, A. ADINOLFI, *La rilevanza della CRC nell'ordinamento dell'Unione europea*, in AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *La Convenzione delle Nazioni Unite*, cit., pp. 63-86.

<sup>8</sup> Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, *relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000*, in GUUE L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss., noto anche come Bruxelles II-bis, in vigore dal 1° marzo 2004 e in applicazione dal 1° marzo 2005, ad eccezione della Danimarca, per la quale v. il Protocollo n. 22.

<sup>9</sup> In presenza nei vari paesi di leggi materiali diverse, la soluzione va ricercata sul piano della scelta della giurisdizione competente e della legge applicabile. Se infatti vi è stato all'interno dell'Unione un progressivo avvicinamento delle discipline sostanziali nel campo del diritto privato, cionondimeno, «harmonization generally does not result in identical rules»: K. BOELE-WOELKI, *For Better or for Worse: the Europeanization of International Divorce Law*, in *Yearbook of Private International Law*, 2010, vol. 12, pp. 17-41, a p. 19. Di qui la necessità, finché permarranno tali differenze, che al processo di armonizzazione si affianchi l'intervento delle norme di diritto internazionale privato e processuale. Tutto ciò vale a maggior ragione in quei settori in cui l'armonizzazione sia limitata, come nel campo del diritto di famiglia.

<sup>10</sup> Il riferimento è al regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, *relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi*,

contempo un obiettivo e un limite dell'operatività di istituti generali di diritto internazionale privato, quale, a titolo esemplificativo, l'ordine pubblico<sup>11</sup>.

All'interesse del minore si affiancano ulteriori principi guida, che con esso si devono confrontare, quali la libera circolazione delle decisioni, fondata sul mutuo riconoscimento, la certezza del diritto, la continuità con gli strumenti internazionali a tutela del minore, in particolare, le Convenzioni dell'Aja del 1980<sup>12</sup> e del 1996<sup>13</sup> e, la conformità con il diritto primario. La Corte di giustizia ha tuttavia da tempo riconosciuto che l'interesse superiore del minore può giustificare delle restrizioni alle libertà fondamentali garantite dai Trattati<sup>14</sup>, costituendo, per riprendere le parole utilizzate dall'Avvocato generale Szpunar nelle sue conclusioni dell'8 settembre 2016<sup>15</sup>, «*one of the principles permeating the EU legal order*»<sup>16</sup>.

Con riguardo al diritto primario, la Carta dei diritti fondamentali gioca un ruolo fondamentale. L'art. 24<sup>17</sup> enuncia, come noto, i diritti

in GUCE L 160 del 30 giugno 2000, p. 19 ss., che si riferiva unicamente ai figli nati dalla coppia all'interno del matrimonio ormai in dissoluzione.

<sup>11</sup> Sul punto v. *infra*, par. 5.

<sup>12</sup> Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, si rinvia al sito della Conferenza dell'Aja: [www.hcch.net](http://www.hcch.net), anche per lo stato delle ratifiche.

<sup>13</sup> Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996, si rinvia al sito della Conferenza dell'Aja: [www.hcch.net](http://www.hcch.net), dove è altresì possibile consultare lo stato delle ratifiche. L'Italia ha emanato il ddl 17.9.13. Sui rapporti tra la Convenzione dell'Aja del 1996 e il regolamento v. *infra* nota 39.

<sup>14</sup> Corte di giustizia, sentenza del 14 febbraio 2008, *Dynamic Medien Vertriebs*, causa C-244/06, ECLI:EU:C:2008:85, punto 41 s.

<sup>15</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 10 maggio 2017, *Chavez Vilchez*, causa C-133/15, ECLI:EU:C:2016:659.

<sup>16</sup> Si veda sul punto E. BERGAMINI, *Human Rights of Children in the EU Context: Impact on National Family Law*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge, 2019, pp. 3-20, a p. 10 ss.

<sup>17</sup> La prima norma ad aver consacrato nel diritto primario la necessità di tutelare specificamente i diritti dei minori è l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in GUUE C 326 del 26 ottobre 2012: per un commento v. F. CASOLARI, *Art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Com-*

dei minori, che debbono essere rispettati dalle istituzioni nell'esercizio delle loro funzioni e che sono stati poi ripresi e meglio specificati nei diversi testi normativi. Si tratta, in particolare, del diritto alla protezione e alle cure necessarie per il benessere dei minori, a poter esprimere liberamente la loro opinione, che deve essere tenuta in considerazione, «in funzione della loro età e della loro maturità», in tutte le questioni che li riguardano (par. 1), alla preminente considerazione, in tutti gli atti relativi ai minori, del loro superiore interesse (par. 2) e, infine, del diritto del minore ad intrattenere rapporti regolari con entrambi i genitori, se ciò non è contrario al suo interesse (par. 3). Proprio l'ultimo dei diritti menzionati nella norma costituisce, come meglio si vedrà, uno dei punti cardini della normativa di diritto derivato emanata nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Se la libera circolazione delle persone è stata il mezzo che ha consentito all'Unione, dal Trattato di Amsterdam in poi, di legiferare in un settore di tradizionale competenza degli Stati membri, il superiore interesse del minore è oggi divenuto lo strumento che consente un intervento sempre più incisivo in tale ambito. L'attuale tendenza del diritto di famiglia è quella infatti di tutelare l'interesse superiore del minore, inteso quale parte debole del rapporto familiare, i cui diritti devono prevalere in un eventuale giudizio di bilanciamento con altri diritti eventualmente contrapposti.

Al fine di garantire la realizzazione dell'interesse superiore del minore il regolamento 2201/2003 prevede, da un lato, regole molto rigide sulla competenza giurisdizionale del giudice che deve regolamentare affidamento e sul diritto di visita, volte ad individuare come competente un unico giudice, alla cui giurisdizione è possibile derogare in un numero estremamente limitato di situazioni e, dall'altro, una procedura semplice ed uniforme sul riconoscimento ed esecuzione delle decisioni<sup>18</sup>.

*mentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, cit., pp. 1734-1739, spec. p. 1735 ss. Per un esame della tutela di cui godono i minori nella Carta, anche in raffronto con il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, v. L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 32 ss.

<sup>18</sup> Per un'analisi si veda anche O. LOPES PEGNA, *Tecniche internazionali private a tutela del superiore interesse del minore: flessibilità alla ricerca del miglior risultato nel caso concreto*, in AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *La Convenzione delle Nazioni Unite*, cit., pp. 368-385.

La presente indagine verrà condotta offrendo qualche spunto di riflessione su come gli istituti disciplinati dal regolamento siano stati interpretati dalla Corte giustizia *ex art.* 267 TFUE con lo scopo precipuo di valorizzare il superiore interesse del minore, ampliando l'applicabilità del testo regolamentare, tutte le volte che ciò serva a tutelare il minore<sup>19</sup>.

L'interesse superiore del minore diviene così il vero parametro di riferimento nell'applicazione delle norme del regolamento che si riferiscono alla responsabilità genitoriale, in particolare nella determinazione della competenza giurisdizionale, qui esaminata.

La conferma che l'interesse superiore del minore sia il *fil rouge* che ha guidato e tuttora guida il legislatore europeo si rinviene nel regolamento di rifusione del regolamento 2201/2003<sup>20</sup>, che sarà applicabile a partire dal 1° agosto 2022, resosi necessario per far fronte alle criticità manifestatesi nella prassi applicativa dei vari Paesi membri, che si è concentrato principalmente – se non unicamente – sulla parte relativa ai minori<sup>21</sup>. I profili sui quali maggiormente si è concentrata l'attenzione sono stati la procedura per il ritorno del minore, il

<sup>19</sup> V., a titolo esemplificativo, *infra*, par. 2, con riguardo all'estensione dell'ambito di applicazione materiale del regolamento, in particolare per la nozione di «materie civili» contenuta nell'art. 1, par. 1 dello stesso.

<sup>20</sup> Regolamento UE 2019/1111 del Consiglio, *relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione)*, del 25 giugno 2019, in GUUE L 178 del 2 luglio 2019, p. 1 ss. Esso rappresenta la conclusione del procedimento formalmente avviato il 30.6.2016 con la presentazione della proposta della Commissione (COM(2016)411 final), facendo seguito a lavori preparatori di ampia portata che hanno coinvolto sia esperti sia la società civile. La proposta si prefiggeva l'obiettivo di colmare alcune lacune presenti e di rendere più efficienti le procedure transfrontaliere sulla responsabilità genitoriale, anche attraverso una loro accelerazione, con la previsione di una riduzione dei tempi. Su di essa cfr. M.C. BARUFFI, *La riforma del regolamento Bruxelles II bis e la tutela dell'interesse superiore del minore*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, t. II, pp. 1087-1092.

<sup>21</sup> Si veda, per tutti, L. CARPANETO, *La ricerca di una nuova sintesi tra interesse superiore del minore «in astratto» e «in concreto» nella riforma del regolamento Bruxelles II-bis*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, pp. 944-977; EAD., *Impact of the Best interests of the Child on the Bruxelles II ter Regulation*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests*, cit., pp. 265-285.

suo collocamento in uno Stato membro diverso da quello della sua residenza abituale, la sua audizione, il procedimento per dichiarare esecutive le decisioni (*exequatur*) e la loro esecuzione effettiva e, infine, la cooperazione tra autorità centrali.

## 2. *L'interesse superiore del minore quale guida nell'individuazione delle regole di competenza giurisdizionale*

Il regolamento 2201/2003 nell'individuare i titoli di competenza giurisdizionale in materia di responsabilità genitoriale si ispira alla tutela del superiore interesse del minore e alle corrispondenti disposizioni dei testi convenzionali, in particolare le Convenzioni dell'Aja del 5 ottobre 1961<sup>22</sup> e 19 ottobre 1996<sup>23</sup>.

Al fine di un'uniforme applicazione all'interno degli ordinamenti nazionali, il regolamento, in via preliminare, si premura di fornire una definizione della nozione di responsabilità genitoriale, sancendo all'art. 2 n. 7 che essa concerne i «diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore». Nella nozione sono ricompresi sia il diritto di affidamento, vale a dire, in particolare, il diritto di «intervenire nella decisione» relativa al luogo di residenza del minore (art. 2, n. 9), sia il diritto di visita, consistente «in particolare» nel diritto di condurre il minore in un luogo diverso da quello della sua residenza abituale per un perio-

<sup>22</sup> Essa concerne la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori.

<sup>23</sup> Sui rapporti tra la Convenzione dell'Aja del 1996 e il regolamento v. il *Rapport sur la cinquième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et la mise en œuvre de la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* (30 octobre – 9 novembre 2006) établi par le Bureau Permanent, marzo 2007, reperibile al sito Internet <http://www.hcch.net>, punti 127 ss. In dottrina, per tutti, M.C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996 sulla tutela dei minori nell'ordinamento italiano*, in *RDIPP*, 2016, pp. 977-919.



do di tempo limitato (art. 2 n. 10)<sup>24</sup>. A lungo ci si è interrogati sulla possibilità di ricomprendervi il diritto di visita dei nonni nei confronti dei nipoti. L'avvocato generale Szpunar nelle sue conclusioni del 12 aprile 2018<sup>25</sup> aveva suggerito la soluzione affermativa, al fine di tutelare maggiormente i minori, sulla base di diverse argomentazioni. In primo luogo, nulla giustifica l'esclusione del diritto di visita dall'ambito di applicazione del regolamento qualora il richiedente il diritto di visita sia una persona diversa dai genitori, avente legami familiari di diritto o di fatto con il minore e, inoltre, se tali domande fossero escluse, la competenza giurisdizionale sarebbe determinata da regole nazionali non armonizzate, con il rischio di procedimenti paralleli e decisioni inconciliabili (argomento teleologico). In secondo luogo, anche nel contesto della Convenzione dell'Aja del 1996, il titolare del diritto di visita non è necessariamente il titolare della responsabilità genitoriale. Prendendo spunto da tali argomentazioni, la Corte di giustizia<sup>26</sup> ha così ritenuto di includere nel diritto di visita anche quello dei nonni<sup>27</sup> nei confronti dei nipoti, considerando non solo

<sup>24</sup> Ampliamente M.C. BARUFFI, *Commento agli artt. 1-2 regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201/2003*, in A. ZACCARIA (diretto da), *Commentario breve*, cit., pp. 3017-3026, spec. p. 3022.

<sup>25</sup> Corte di giustizia, sentenza del 31 maggio 2018, *Valcheva*, causa C-335/17, ECLI:EU:C:2018:242.

<sup>26</sup> Corte di giustizia, *Valcheva*, cit., punto 31 ss.

<sup>27</sup> Con riguardo al diritto interno, alla luce dei principi desumibili dagli artt. 24, 2° co. Carta dei diritti fondamentali dell'UE, 8 CEDU e 2 e 30 Cost., la Corte di Cassazione ha affermato che il diritto degli ascendenti, azionabile anche in giudizio, previsto dall'art. 317 *bis* c.c., cui corrisponde il diritto del minore di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti *ex* art. 315 *bis* c.c., costituisce un diritto pieno solo nei confronti dei terzi, mentre è cedevole di fronte al preminente interesse dei minori, destinato a prevalere se «la frequentazione con i nonni non si espliciti in funzione di una loro crescita serena ed equilibrata, ma si traduca, al contrario, in una ragione di turbamento e di disequilibrio affettivo»: così Corte di Cassazione, sentenza del 25 luglio 2018, n. 19779, par. 5. Sempre alla luce delle medesime disposizioni costituzionali, della Carta di Nizza e della CEDU, come interpretate rispettivamente dalla Corte di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il diritto di visita viene esteso anche al secondo coniuge dell'avo, indipendentemente dal legame biologico, se necessario per «preservare le condizioni per l'armonica e serena crescita delle minori, derivanti dal mantenimento della frequentazione con il nucleo familiare, sia pure di fatto»: Corte di Cassazione, sentenza del 25 luglio 2018, n. 19780, par. 2.2.1 ss.

l'interesse superiore del minore, ma anche la certezza del diritto (e in particolare la prevedibilità), così come il mutuo riconoscimento delle decisioni, tutti elementi la cui realizzazione avviene attraverso l'applicazione delle regole uniformi previste dal regolamento e la continuità di interpretazione con quanto accade a livello internazionale nell'ambito della Convenzione dell'Aja del 1996. Il regolamento infatti pone al centro della disciplina l'interesse del minore a mantenere i contatti con tutti coloro con i quali sussiste un particolare legame familiare, dunque non con i soli genitori.

Inoltre, la Corte di giustizia ha precisato, nella sentenza del 5 ottobre 2010, che la nozione di responsabilità genitoriale deve essere interpretata in modo autonomo e uniforme rispetto alle corrispondenti categorie di diritto interno<sup>28</sup>, indipendentemente dalla natura pubblicistica o penalistica delle relative misure.

Così la Corte, al fine di tutelare l'interesse superiore del minore, ha ritenuto rientrare nell'ambito di applicazione del regolamento, in quanto «materia civile» *ex art. 1, par. 1*, anche una decisione adottata nell'ambito delle norme nazionali di diritto pubblico che ordina la presa in carico immediata e la collocazione di un minore al di fuori della sua famiglia di origine, in una famiglia affidataria<sup>29</sup> e la collocazione di un minore in un istituto di custodia terapeutico e rieducativo con privazione della libertà personale<sup>30</sup>. Del pari, sempre al fine di garantire la maggior tutela di minori, e quindi la massima estensione del loro superiore interesse, nella nozione viene ricompreso il rilascio del passaporto, rientrante generalmente a livello nazionale nel diritto amministrativo<sup>31</sup>, la riscossione di una penalità stabilita dal giudice che ha statuito nel merito sul diritto di visita al fine di assicurare l'esercizio effettivo di quest'ultimo diritto, avendo natura accessoria<sup>32</sup>,

<sup>28</sup> Corte di giustizia, sentenza del 5 ottobre 2010, *J. McB. c. L.E.*, causa C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582.

<sup>29</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 27 novembre 2007, *C.*, causa C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714.

<sup>30</sup> Corte di giustizia, sentenza del 26 aprile 2012, *Health Service Executive c. S.C. e A.C.*, causa C-92/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:255.

<sup>31</sup> Corte di giustizia, sentenza del 21 ottobre 2015, *Gogova*, causa C-215/15, ECLI:EU:C:2015:710.

<sup>32</sup> Corte di giustizia, sentenza del 9 settembre 2015, *Bobex*, causa C-4/14, ECLI:EU:C:2015:563.

nonché un accordo di divisione dell'eredità concluso dal curatore di minori nel loro interesse<sup>33</sup>.

In tema di giurisdizione la regola generale è contenuta nell'art. 8 del regolamento<sup>34</sup> che individua quale unico foro quello della residenza abituale del minore al momento dell'inizio del procedimento, affinché sia il giudice che meglio può conoscere la situazione in cui si trova il minore a disciplinare le questioni attinenti alla responsabilità genitoriale, in conformità al principio della vicinanza sancito nel considerando n. 12, quale esplicitazione del superiore interesse del minore.

Posto che il regolamento non contiene alcuna definizione della locuzione «residenza abituale» e che manca una nozione comune negli ordinamenti dei paesi membri<sup>35</sup>, è intervenuta più volte la Corte di giustizia<sup>36</sup> che, anche in tal caso, ha ribadito la necessità di procedere ad una interpretazione «autonoma ed uniforme, da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e dello scopo perseguito dalla normativa di cui trattasi»<sup>37</sup>. A venire in considerazione sono, in particolare, il superiore interesse del minore, che si traduce nel criterio della vicinanza<sup>38</sup>, e l'impossibilità di trasporre la «giuri-

<sup>33</sup> Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2015, *Matoušková*, causa C-404/14, ECLI:EU:C:2015:653.

<sup>34</sup> La norma si applica anche nei confronti di un minore avente cittadinanza di un paese terzo, purché abitualmente residente in uno Stato membro UE. Essa infatti non contiene alcuna disposizione che limiti il suo ambito di applicazione territoriale, a differenza di quanto accade per gli artt. 9, 10, 15 del regolamento che richiedono necessariamente un potenziale conflitto di competenza tra giudici di più Stati membri e delle norme sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni giudiziarie (Corte di giustizia, sentenza del 17 ottobre 2018, *UD c. XB*, causa C-393/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:835, punto 31 ss.). Per un commento, cfr. M.C. BARUFFI, *Commento agli artt. 8-9 regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201/2003*, in A. ZACCARIA (diretto da), *Commentario breve*, cit., pp. 3041-3045, spec. a p. 3042 ss.

<sup>35</sup> Sui criteri da utilizzare nell'interpretazione delle espressioni contenute negli atti dell'Unione v. S. BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in ID. (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, pp. 153-173.

<sup>36</sup> Corte di giustizia, sentenza del 2 aprile 2009, *A*, causa C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225.

<sup>37</sup> Corte di giustizia, *A*, cit., punto 34.

<sup>38</sup> Corte di giustizia, sentenza del 15 febbraio 2017, *W, V e X*, causa C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118, punto 60 s.

sprudenza della Corte sulla nozione di residenza abituale relativa ad altri settori del diritto dell'Unione europea»<sup>39</sup>.

La Corte ha quindi specificato, da un lato, che la presenza fisica del minore in un determinato luogo costituisce un elemento necessario per valutare l'abitualità della residenza<sup>40</sup>, e, dall'altro, che, al contempo, è tuttavia necessario considerare in modo globale se il minore si trovi in via temporanea o occasionale in un determinato luogo e se vi sia un certo grado di integrazione nell'ambiente sociale e familiare<sup>41</sup>. Per far ciò si devono tenere in particolare conto determinate circostanze, quali la durata, la regolarità, le condizioni e le ragioni del soggiorno in quel luogo e l'eventuale trasloco di tutta la famiglia, la cittadinanza del minore, il luogo e le condizioni della frequenza scolastica, le conoscenze linguistiche e le relazioni familiari e sociali del minore<sup>42</sup>. A titolo esemplificativo, l'affitto, l'acquisto di una abitazione o la presentazione di una domanda di alloggio popolare/sociale possono costituire un indizio della volontà di trasferimento del nucleo familiare in quel determinato Stato, mentre il soggiorno senza fissa dimora, avendo il minore la residenza abituale altrove non può costituire un valido elemento per determinare l'avvenuta integrazione del minore in un dato ambiente<sup>43</sup>. La cittadinanza ed i legami culturali del minore con un determinato paese non possono prevalere su situazioni giuridiche oggettive<sup>44</sup>.

Quando si tratta di un neonato che soggiorna da un breve lasso di tempo con la madre su un territorio di un paese diverso da quello della sua residenza abituale, dove la permanenza era stata comunque limitata, data la sua tenera età, i giudici del Lussemburgo hanno precisato che, oltre ai criteri sopra detti della durata, regolarità, delle

<sup>39</sup> *Ibidem*, punto 36.

<sup>40</sup> Corte di giustizia, sentenza dell'8 giugno 2017, *OL*, causa C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436, punto 40 e *UD c. XB*, cit., punto 47 ss.

<sup>41</sup> Il criterio della durata della permanenza, necessario infatti per distinguere la residenza abituale da una mera presenza temporanea, non può costituire l'unico elemento ai fini della «valutazione della stabilità della residenza»: così Corte di giustizia, 22 dicembre 2010, *Mercredi*, causa C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829, punto 51.

<sup>42</sup> Corte di giustizia, *A*, cit., punto 39.

<sup>43</sup> Corte di giustizia, *A*, cit., punti 40-41.

<sup>44</sup> Corte di giustizia, sentenza del 28 giugno 2018, *HR*, causa C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513, punto 57 s.

condizioni e ragioni del soggiorno nel territorio di tale Stato membro, si deve anche prestare attenzione, «alla luce di tutte le circostanze di fatto specifiche della fattispecie», al trasferimento della madre, alla sua origine geografica e familiare, nonché ai «rapporti familiari e sociali che madre e minore intrattengono con quello Stato membro», vale a dire la volontà «di fissarvi, con l'intenzione di conferirgli carattere stabile, il centro permanente o abituale degli interessi»<sup>45</sup>. Qualora il diritto di affidamento sia condiviso, si deve tener conto della volontà di entrambi i genitori<sup>46</sup>, che tuttavia, non può mai essere decisiva di per sé sola, ma varia a seconda delle circostanze del caso<sup>47</sup>. Nel caso di nascita e di permanenza del minore in un paese diverso da quello della residenza abituale dei genitori prima del parto, la volontà iniziale dei genitori di stabilire in tale luogo anche la residenza abituale del minore non è elemento sufficiente a radicarla, qualora il minore non abbia mai abbandonato il territorio dello Stato in cui è nato<sup>48</sup>.

Inoltre, secondo quanto precisato nel caso *Detiček*, gli Stati sono tenuti ad interpretare il diritto nazionale conformemente al diritto dell'Unione e a «non basarsi su un'interpretazione di norme di diritto derivato che entri in conflitto con i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario o con altri principi generali del diritto comunitario»<sup>49</sup>, al fine di non pregiudicare l'effetto utile del regolamento.

### 3. *L'interesse superiore del minore e la proroga di competenza*

L'ipotesi in cui il procedimento familiare sia connesso alla causa matrimoniale è prevista all'art. 12<sup>50</sup> che estende la competenza in tale materia anche alle domande relative alla responsabilità dei genitori,

<sup>45</sup> Corte di giustizia, *Mercredi*, cit., punto 51.

<sup>46</sup> Corte di giustizia, *HR*, cit., punto 57 s.

<sup>47</sup> Corte di giustizia, *OL*, cit., punti 47-48.

<sup>48</sup> Corte di giustizia, *OL*, cit., punti 47-48.

<sup>49</sup> Corte di giustizia, sentenza del 23 dicembre 2009, *Jasna Detiček c. Maurizio Sgueglia*, causa C-403/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:810, punto 34.

<sup>50</sup> Si veda, in generale sulla norma, M.C. BARUFFI, *Commento agli artt. 12-15 regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201/2003*, in A. ZACCARIA (diretto da), *Commentario breve*, cit., pp. 3054-3060, a p. 3056 ss.

a condizione tuttavia che almeno uno dei coniugi sia affidatario o titolare del diritto di visita<sup>51</sup> e che i coniugi o i titolari della responsabilità genitoriale, alla data in cui le autorità giurisdizionali sono state adite, abbiano accettato espressamente o in qualsivoglia altro modo univoco la giurisdizione, sempre che ciò sia conforme all'interesse superiore del minore.

Quanto alle forme “univoche” in cui deve manifestarsi l'accettazione, si può ritenere che l'eventuale audizione del titolare del diritto di visita innanzi alla giurisdizione dello Stato membro competente ai sensi dell'art. 5 non costituisca accettazione di quella giurisdizione, a meno che egli non partecipi, direttamente o tramite un difensore, in relazione ai sistemi giuridici nazionali al procedimento.

Inoltre, dall'esame della giurisprudenza nazionale emerge che sempre più frequentemente i giudici aditi sulla base del criterio della cittadinanza delle parti decidono solo in merito alla separazione o al divorzio di queste e non anche sulle questioni attinenti alla responsabilità genitoriale, quando non si ha accettazione della giurisdizione da parte di uno dei due genitori<sup>52</sup>, richiamando a tal fine il superiore interesse del minore.

Innovativo è il criterio di giurisdizione introdotto al par. 3 dell'art. 12, che consente che a decidere in merito al diritto di visita possa essere anche un giudice diverso da quello dello Stato in cui il minore risiede abitualmente e che esso non sia neppure quello chiamato a decidere sulla questione matrimoniale. Come ben precisato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 12 novembre 2014<sup>53</sup>, il par. 3, a differenza del par. 1, non richiede alcun collegamento con altro procedimento già pendente davanti al giudice a cui si vorrebbe attri-

<sup>51</sup> Così va inteso il riferimento nell'art. 12, par. 1, lett. *a* al fatto che uno dei coniugi eserciti la «responsabilità genitoriale», che ai sensi dell'art. 2, par. 7 comprende il diritto di visita e non già il solo diritto di affidamento, cui fanno invece riferimento, ai fini della giurisdizione, i precedenti artt. 10 e 11.

<sup>52</sup> Così già Corte di Cassazione, sez. un., ordinanza del 30 dicembre 2011, n. 30646: la mancata contestazione sulla giurisdizione per quanto riguarda la domanda di separazione non può portare a ritenere che il consenso sia stato prestato anche sulla domanda di affidamento; Tribunale di Milano, sez. IX, sentenza del 3 ottobre 2013; nonché in precedenza Tribunale di Tivoli, sentenza del 6 aprile 2011, n. 514.

<sup>53</sup> Corte di giustizia, sentenza del 12 novembre 2014, *L. c. M.*, causa C-656/13, ECLI:EU:C:2014:2364.

buire la competenza giurisdizionale. Diversamente si vanificherebbe l'effetto utile della norma poiché se ne ridurrebbe notevolmente la possibilità di utilizzo, escludendone, per esempio, l'invocabilità da parte di coppie non sposate o che abbiano già ottenuto il divorzio. In tal modo non sarebbe assicurato il rispetto degli obiettivi perseguiti dal regolamento, vale a dire la prevalenza del superiore interesse del minore<sup>54</sup> che, in presenza delle altre condizioni richieste dalla norma, diviene il discrimine per verificare la possibilità di attribuire la competenza giurisdizionale ad un giudice diverso da quello naturale individuato dall'art. 8. Inoltre, la necessità di garantire la parità di condizioni per tutti i minori comporta, come stabilito dal considerando n. 5, l'applicazione del regolamento a tutte le questioni relative alla responsabilità genitoriale, comprese le misure di protezione del minore, indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale. In questa direzione muove lo stesso par. 3 dell'art. 12 quando esclude i procedimenti di cui al par. 1 dal suo ambito di operatività.

Sempre al fine di tutelare l'interesse del minore, la Corte di giustizia ha precisato che anche il pubblico ministero è compreso tra le parti del procedimento, se è considerato tale ai sensi del diritto nazionale applicabile<sup>55</sup>.

È comunque richiesto che il minore abbia un legame "sostanziale" con quel determinato Stato membro a ragione, in particolare, della residenza abituale in quel paese di uno dei titolari della responsabilità genitoriale o per il fatto che il minore stesso è cittadino di quel paese (lett. *a*), qualora sussista l'accordo di tutte le parti interessate al procedimento ad accettare, «espressamente o in qualsiasi altro modo univoco», tale giurisdizione nel momento in cui detto procedimento ha avuto avvio. Condizione che non risulta essere soddisfatta quando l'autorità giudiziaria sia stata adita «unicamente da una delle parti del procedimento, la controparte investa lo stesso giudice di un altro procedimento in data successiva e quest'ultima parte contesti la competenza del giudice adito fin dal primo atto che le compete

<sup>54</sup> Corte di giustizia, *L. c. M.*, cit., punti 46-48.

<sup>55</sup> Corte di giustizia, sentenza del 19 aprile 2018, *Saponaro*, causa C-565/16, ECLI:EU:C:2018:265.

nell'ambito del primo procedimento»<sup>56</sup>. Del pari, la condizione non risulta soddisfatta se a non avere excepto il difetto di giurisdizione del giudice adito è il solo mandatario *ad litem*, rappresentante della controparte citata in giudizio, nominato d'ufficio dal giudice a causa dell'impossibilità di notificare alla controparte l'atto introduttivo<sup>57</sup>.

Tutto ciò sempre che tale competenza soddisfi, come sopra osservato, l'interesse superiore del minore (lett. *b*) che richiede «un esame, in ciascuno caso specifico, della questione se la proroga della competenza considerata sia conforme a siffatto interesse», con la precisazione che, in ogni caso, essa è applicabile unicamente allo specifico procedimento per il quale il giudice prorogato è stato adito, non potendo essere mantenuta oltre il termine del procedimento pendente e durante tutta l'infanzia del minore<sup>58</sup>. La competenza dell'autorità prorogata viene pertanto meno con la definizione del procedimento all'origine della proroga, rispandendosi la competenza, generale, di cui all'art. 8, par. 1 del regolamento.

#### 4. *Il trasferimento della causa alla luce dell'interesse superiore del minore*

L'interesse superiore del minore potrebbe entrare in gioco anche ai fini dell'applicazione dell'art. 15, relativo all'ipotesi (eccezionale) di trasferimento della competenza a una autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso<sup>59</sup>, quando, ad esempio, il foro adito sulla base della sola cittadinanza comune dei coniugi non ritenga, pur in presenza di accettazione da parte dei soggetti interessati, di essere quello più adatto a conoscere della causa nell'interesse del minore.

La norma, proprio per la sua eccezionalità, richiede che essa venga interpretata restrittivamente<sup>60</sup> per evitare che una sua applicazione abusiva possa pregiudicare l'interesse del minore a che sia

<sup>56</sup> Corte di giustizia, *Saponaro*, cit., punto 57.

<sup>57</sup> Corte di giustizia, *Gogova*, cit.

<sup>58</sup> Corte di giustizia, sentenza del 1° ottobre 2014, *E. c. B.*, causa C-436/13, ECLI:EU:C:2014:2246, punti 44-47.

<sup>59</sup> Per un commento, M.C. BARUFFI, *Commento agli artt. 12-15*, cit., p. 3058 ss.

<sup>60</sup> Corte di giustizia, sentenza del 27 ottobre 2016, *Child and Family Agency*, causa C-428/15, ECLI:EU:C:2016:819, punto 48.



il giudice a lui più vicino, quello appunto della residenza abituale, a decidere di questioni inerenti alla responsabilità genitoriale. Per tale ragione il trasferimento di competenza costituisce una facoltà per il giudice competente, che deve procedere alla verifica della sussistenza di tutte le condizioni previste dalla norma e non solo dell'esistenza di un «legame particolare», di cui al par. 3, tra il minore e un altro Stato membro<sup>61</sup>. In primo luogo, l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro può essere considerata la più adatta a trattare il caso quando può apportare un valore aggiunto, reale e concreto, alla trattazione del procedimento, anche in considerazione delle norme procedurali applicabili nell'altro Stato membro, senza possibilità, in ossequio al superiore interesse, che il trasferimento si ripercuota negativamente sulla situazione del minore<sup>62</sup>. Nell'ambito di tale valutazione il giudice deve considerare le norme relative alla raccolta delle prove e non necessariamente quelle sostanziali che sarebbero applicabili dall'altro Stato membro, in ossequio ai principi di reciproca fiducia tra gli Stati membri e di riconoscimento reciproco delle decisioni, posti alla base del regolamento. La differenza tra le normative degli Stati membri, in particolare quelle di procedura, non può infatti, ad avviso della Corte, costituire un criterio generale ed astratto sulla base del quale valutare se il giudice di un altro Stato membro sia più adatto a trattare il caso<sup>63</sup>. Alla stessa stregua, devono essere presi in considerazione solo elementi che incidono sul minore, trascurando quelli che riguardano altre persone, seppur interessate dal caso, tra le quali la madre, se le loro situazioni non hanno alcuna incidenza sulla quella del minore<sup>64</sup>.

La concreta individuazione da parte del primo giudice di quello maggiormente competente a trattare il caso – o una parte di esso, se ciò è giustificato in base alle circostanze concrete<sup>65</sup> – può avvenire o tramite l'ausilio delle autorità centrali o direttamente con l'utilizzo

<sup>61</sup> Sul punto si veda Corte di giustizia, ordinanza del 10 luglio 2019, *EP*, causa C-530/18, ECLI:EU:C:2019:582, punto 34.

<sup>62</sup> Corte di giustizia, *Child and Family Agency*, cit., punto 57.

<sup>63</sup> Corte di giustizia, *EP*, cit., punto 41.

<sup>64</sup> Corte di giustizia, *EP*, cit., punto 64 ss.

<sup>65</sup> Corte di giustizia, *EP*, cit., punto 60.

dell'Atlante giudiziario europeo<sup>66</sup>, anche al fine di ridurre conflitti tra le giurisdizioni concorrenti, che non gioverebbero al soddisfacimento del superiore interesse del minore. A tal fine l'autorità giudiziaria competente sospende l'esame del caso, invitando le parti a presentare la domanda alle autorità dell'altro Stato (lett. *a*); oppure le parti stesse hanno la possibilità di chiedere direttamente a queste ultime di assumere la competenza (lett. *b*).

La norma determina, in via tassativa, al par. 3, i casi in cui il minore ha un «legame particolare» con un determinato Stato, vale a dire quando ivi ha acquisito la residenza abituale successivamente all'addizione dell'autorità giurisdizionale che si è spogliata del caso (lett. *a*), o detto Stato corrisponde alla precedente residenza abituale (lett. *b*) o è lo Stato di cittadinanza del minore stesso (lett. *c*) ovvero della residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale (lett. *d*); o, infine, quello sul cui territorio sono situati i beni del minore oggetto di amministrazione, conservazione o alienazione e la causa verte sulle misure di protezione del minore (lett. *e*). Se non sussiste uno di tali elementi, non può trovare applicazione la norma<sup>67</sup>. Di conseguenza, l'autorità con la quale il minore ha un legame particolare secondo i criteri sopra detti, che è quella più idonea a trattare il caso *ex par.* 1 art. 15, non può essere la stessa competente in virtù delle norme generali di cui agli artt. 8-12 regolamento<sup>68</sup>.

##### 5. *Ordine pubblico internazionale e interesse superiore del minore*

Il principio dei *best interests* viene in rilievo anche come parametro per la scelta che il giudice adito deve operare fra le diverse opzioni che il suo ordinamento gli offre sul piano sostanziale, in particolare in fattispecie con carattere transfrontaliero, quando si tratta di disporre in merito al riconoscimento o meno di decisioni in base all'art. 23 del

<sup>66</sup> Così *Guida pratica all'applicazione del regolamento Bruxelles II bis* 15, 35, punto 3.3.4.1, si rinvia al portale europeo della giustizia: <http://e-justice.europa.eu>.

<sup>67</sup> Corte di giustizia, *EP*, cit., punto 28; sentenza del 4 ottobre 2018, *IQ*, causa C-478/17, ECLI:EU:C:2018:812, punto 35; *Child and Family Agency*, cit., punto 54 ss.

<sup>68</sup> Corte di giustizia, *IQ*, cit., punto 38 ss.

regolamento<sup>69</sup>. Sono questi i casi in cui opera il limite dell'ordine pubblico internazionale di cui i *best interests* sono una declinazione destinata ad intervenire ed operare sostituendosi a detto limite per consentire o impedire detto riconoscimento a seconda dei casi, in ragione proprio dell'interesse concreto del minore che interviene ora ad affievolire ora a rafforzare l'impedimento all'ingresso nel nostro ordinamento di effetti ritenuti contrari a detto interesse.

Se l'interesse superiore del minore deve essere l'elemento cui dare la prevalenza in un ipotetico bilanciamento di interessi, non è sufficiente che il riconoscimento comporti effetti manifestamente contrari ai principi fondamentali dello Stato richiesto. Nella sua valutazione il giudice deve infatti tener conto anche dell'interesse del minore, giudicato preminente su qualsiasi altro interesse coinvolto. Per l'esistenza di tale «controlimite che accentua la discrezionalità del giudice in quanto gli affida il compito di effettuare un ulteriore bilanciamento tra le esigenze di coerenza interna dell'ordinamento richiesto di riconoscere il provvedimento straniero, le quali condurrebbero a negare il riconoscimento, e l'esigenza di perseguire il “superiore interesse del minore”, che militerebbe a favore del riconoscimento»<sup>70</sup>, si assiste ad un vero e proprio affievolimento dell'ordine pubblico<sup>71</sup>, anche per evitare l'insorgere di situazioni claudicanti in cui lo *status* di figlio non viene riconosciuto in tutti gli ordinamenti interessati. Tuttavia, tale soluzione non pare sempre appropriata, in quanto, correttamente interpretato, il superiore interesse del minore potrebbe condurre ad esiti opposti, analoghi a quelli che si realizzerebbero attraverso l'o-

<sup>69</sup> Tali considerazioni valgono anche per le decisioni e per gli atti provenienti da Paesi extra UE.

<sup>70</sup> C. CAMPIGLIO, F. MOSCONI, voce *Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Digesto. Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento, 2005, p. 358.

<sup>71</sup> Per un esempio di come il principio dei *best interests*, quale diritto fondamentale del minore, concorra all'operare dell'ordine pubblico, facendo sì che «situations that might be incompatible with the public policy of the requested State could nonetheless fall out of the scope of application of Article 20 and thereby not justify a refusal of return on such grounds», con riguardo alla Convenzione dell'Aja del 1980, v. C. HONORATI, *Cross-Border Parental Child Abduction in the EU: Is there Room for a Human Rights Exception?*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests*, cit., pp. 243-263, a p. 244.

peratività del limite in parola<sup>72</sup>, potendo comportare un diniego del principio della continuità degli *status* in situazioni nelle quali l'ordine pubblico potrebbe essere reso inoperante dal principio del mutuo riconoscimento<sup>73</sup>.

La consapevolezza dell'esistenza di valori internazionali è stata sfruttata dalla giurisprudenza italiana per giustificare una diversa graduazione del limite dell'ordine pubblico, a seconda dell'intensità più o meno forte del collegamento della situazione considerata con il nostro ordinamento<sup>74</sup>. In realtà, il legame sussistente tra la fattispecie e il nostro ordinamento è sicuramente uno degli elementi che possono e debbono essere presi in considerazione per "attenuare" l'effetto dell'ordine pubblico, senza però essere in sé decisivo.

Il giudice nazionale<sup>75</sup> deve pertanto affrontare un compito particolarmente gravoso, per l'estensione che sta assumendo il "contro-

<sup>72</sup> Così anche V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Note a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIUS*, 2019, n. 2, p. 15 ss.

<sup>73</sup> Sul punto, si veda M.C. BARUFFI, *Diritto internazionale privato e tutela degli status acquisiti all'estero. Le incertezze della Corte di Cassazione con riguardo alla maternità surrogata*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*. Convegno interinale SIDI, Salerno, 18-19 gennaio 2018, Napoli, 2018, pp.161-170, a p. 169 ss.

<sup>74</sup> Per tutti, cfr. S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *RDIPP*, 2014, pp. 81-104, spec. p. 89, dove si legge che per i minori stranieri opera il c.d. ordine pubblico di prossimità, che comporta in generale un'attenuazione dell'operatività dell'eccezione in parola, applicabile nei soli casi di significativa connessione con il foro; nonché O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 12 ss.; R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 316; ID., *Recognition of Foreign Personal and Family Status: A Rights Based Perspective*, in *RDIPP*, 2016; S. TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1099 ss.; F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *RDIPP*, 2018, pp. 259-291, a p. 260 e p. 267 ss.

<sup>75</sup> Sul ruolo dell'ufficiale di stato civile si veda ampiamente R. CALVIGIONI, *Nascita all'estero da genitori dello stesso sesso: dalla giurisprudenza recente al ruolo dell'ufficiale dello stato civile nella trascrizione dell'atto*, in *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 1051-1060; ID., *Il diritto internazionale privato applicato allo stato civile. Quadro giuridico e soluzioni operative*, Rimini, 2019, p. 28 ss. e p. 391 ss.

limite” del superiore interesse del minore, capace di rendere di fatto non operativa l’eccezione dell’ordine pubblico.

La clausola dell’ordine pubblico costituisce ancora oggi, nonostante l’apertura verso l’esterno degli ordinamenti, un elemento «fondamentale e indispensabile»<sup>76</sup> di ogni Stato<sup>77</sup>, in quanto consente di evitare che in esso entrino valori non condivisi, attraverso un bilanciamento delle situazioni giuridiche meritevoli di tutela e conferendo così al sistema un grado di elasticità che diversamente non sussisterebbe.

## 6. *Considerazioni conclusive*

Alla luce delle considerazioni svolte si impongono alcune riflessioni che possono costituire lo spunto per una rilettura del sistema normativo che sta prendendo corpo nell’ambito degli strumenti di cooperazione giudiziaria civile europea.

In primo luogo, non può essere taciuto che il principio dei *best interests* permea di sé tutti gli strumenti internazionali a tutela del minore, in modo trasversale, passando dai testi di natura più propriamente pubblicistica, quali la Convenzione di New York del 1989, a quelli tipici di diritto internazionale privato, quali il regolamento UE 2201/2003 e le Convenzioni dell’Aja, in particolare quelle del 1980 e del 1996<sup>78</sup>.

Nell’ambito dell’Unione europea un apporto fondamentale è stato dato dalla Corte di giustizia che, grazie al frequente utilizzo da parte dei giudici nazionali dello strumento del rinvio pregiudiziale, soprattutto d’urgenza (PPU), ha potuto riempire di contenuti le norme

<sup>76</sup> V. BARBA, *Note minime sull’ordine pubblico internazionale*, 15 luglio 2018, si rinvia al sito di Articolo29: [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>77</sup> Così anche F. MARONGIU BUONAIUTI, *Recognition in Italy of Filiation Established Abroad by Surrogate Motherhood, between Transnational Continuity of Personal Status and Public Policy*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, pp. 294-305, a p. 301.

<sup>78</sup> Si veda C. BERNASCONI, P. LORTIE, *La CRC e i lavori della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato nel settore della protezione delle persone di minore età*, in AUTORITÀ GARANTE PER L’INFANZIA E L’ADOLESCENZA, *La Convenzione delle Nazioni Unite*, cit., pp. 107-129.

di più difficile applicazione del regolamento 2201/2003, garantendo così l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione in un settore tanto sensibile quanto quello della tutela dei diritti dei minori, dove le soluzioni a livello nazionale sono tra loro differenti.

E proprio anche grazie all'interpretazione della Corte di giustizia il principio ha assunto una valenza tanto fondamentale da portare ad un ridimensionamento, se non addirittura, a volte, ad un affievolimento, di istituti generali del diritto internazionale privato, *in primis* la nozione di ordine pubblico, cui l'interesse superiore del minore è legato in modo indissolubile, nel senso, a seconda dei casi, sia di concorrere alla sua applicazione, sia di limitarne gli effetti. Ciò che è certo è che il principio in esame costituisce il portato più significativo del diritto internazionale privato in tema di protezione del minore nella sua recente evoluzione.

*Abstract*IL PRINCIPIO DEI *BEST INTERESTS OF THE CHILD* NEGLI  
STRUMENTI DI COOPERAZIONE GIUDIZIARIA  
CIVILE EUROPEA

Il principio del superiore interesse del minore (*the best interests of the child*), sviluppatosi nel diritto internazionale, è divenuto nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile dell'Unione europea il *fil rouge* che guida il legislatore europeo nell'emanazione della normativa in materia di minori e la Corte di giustizia nell'interpretare tale normativa a beneficio di una sua corretta e uniforme applicazione da parte dei giudici nazionali. Emblematico a tale riguardo è il regolamento 2201/2203, c.d. Bruxelles II *bis*. Tale regolamento viene analizzato con riferimento alle regole sulla giurisdizione e alla giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo che hanno significativamente esteso il suo ambito di applicazione, al fine di tutelare, appunto, l'interesse superiore del minore. Il contributo esamina quindi il ruolo che il superiore interesse del minore può esercitare sull'ordine pubblico internazionale quando, nei casi transfrontalieri, il giudice deve decidere in merito, in particolare, al riconoscimento delle decisioni straniere *ex art. 23* del regolamento.

THE PRINCIPLE OF BEST INTERESTS OF THE CHILD IN  
THE LEGAL INSTRUMENTS ON EUROPEAN CIVIL  
JUDICIAL COOPERATION

The principle of best interests of the child, as set out in the international legal instruments on children protection, have become the guiding idea of the EU legislation governing parental responsibility matters enacted in the area of civil judicial cooperation, as well as of the CJEU when interpreting these EU provisions for the purposes of ensuring their uniform application throughout the Member States. In this context, the Regulation No. 2201/2203 (Brussels II *bis*) provides a prominent example. Particular attention is devoted, in this paper, to

the jurisdictional regime laid down by the Regulation as interpreted by the CJEU, which has extended its scope of application with a view to protecting the best interests of the children. Moving to the recognition of foreign decisions, the interplay between this principle and the public policy exception provided under Art. 23 of the Regulation is also illustrated.





# RIFLESSIONI SULL'EVOLUZIONE DEGLI *STATUS* FAMILIARI TRA LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E QUELLA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

*Francesco Buonomenna\**

SOMMARIO: 1. Piano dell'indagine. – 2. Portata del diritto a sposarsi e *standard* minimi di tutela effettiva per le coppie dello stesso sesso. – 3. Inquadramento e limiti del diritto alla procreazione e riconoscimento dello *status filiationis*. – 4. La prospettiva funzionalistica della Corte di giustizia. – 5. *Dual approach* della Corte di giustizia in relazione alle tutele richieste in presenza di tecniche di procreazione. – 6. Profili conclusivi.

## 1. *Piano dell'indagine*

Nella società moderna caratterizzata da una maggiore circolazione delle persone una materia sensibile come quella del diritto familiare, espressione delle scelte sovrane e costituzionali degli Stati, si pone inevitabilmente con un riflesso esterno, in quanto i modelli familiari, nelle diverse late accezioni rappresentano il “termometro” giuridico dell'evoluzione degli ordinamenti e della loro capacità di confrontarsi e integrarsi tra loro. Ciò comporta in sede europea la necessità di individuare *standard* comuni di riconoscimento di “nuove” situazioni giuridiche in materia di diritto di famiglia, al fine di evitare “ibridazioni” giuridiche che comportino vuoti di tutela o generino discriminazione.

Con particolare riferimento al contributo giurisprudenziale proveniente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, vi è da segnalare che, da circa un ventennio, si sono posti interrogativi sulla portata e sull'ampliamento della “copertura” normativa degli articoli 8 e 12 della Convenzione europea, letti in combinato disposto anche con l'articolo 14, al fine di fornire tutela rispetto a nuove situazioni giuridiche espressioni di un nuovo contesto sociale<sup>1</sup>.

\*Ricercatore di Diritto dell'Unione europea – Università degli Studi di Salerno.

<sup>1</sup> Per un approfondimento dei diritti in esame, di cui agli articoli 8 e 12 CEDU cfr. *ex multis*, B. RAINEY, E. WIKS, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2017; W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*.

Così che diritto a sposarsi e diritto a costituire una famiglia anche tra persone dello stesso sesso si sono posti e si pongono al centro di un dibattito normativo e giurisprudenziale in ordine ai nuovi contorni di tali diritti. Dibattito normativo che ha maturato, di recente, un ulteriore livello di riflessione in ordine alla portata dei limiti del diritto alla procreazione da ricondurre nel contesto giuridico di cui all'articolo 8 CEDU.

Quest'ultimo profilo assume una portata particolarmente rilevante nel momento in cui entrano in discussione gli *status filiationis* e l'interesse del minore su cui la Corte europea ha avuto modo di pronunciarsi in diverse occasioni.

I medesimi profili in ordine agli *status* richiamati non potevano non coinvolgere anche la Corte di giustizia, (ovviamente) in una prospettiva giuridica diversa dalla Corte europea, considerato che la prima non ha competenze dirette in materia di diritti umani, ma è in ogni caso chiamata pronunciarsi su atti dell'Unione e su disposizioni contenute nei Trattati vigenti, riconducibili alle libertà fondamentali, che possano in qualche modo incidere sugli *status* familiari.

Invero, rileva, da parte della Corte di giustizia, una valutazione funzionalistica all'applicazione dei principi e delle disposizioni dell'Unione, ispirata ad una logica diversa rispetto a quella sottesa alle disposizioni della Convenzione. Ciò può determinare che medesimi *status* familiari ricevano determinazioni diverse, dettate da percorsi logico-giuridici riconducibili alle differenze di ambito di competenze.

Ebbene, nel presente contributo, si cercherà di delineare le peculiarità di tale differenze, che pur non comportando soluzioni contrappositive, possono generare diverse prospettive interpretative. L'indagine che segue muoverà dapprima riguardo al percorso della Corte europea, con particolare riferimento alla tutela riconosciuta alle coppie omosessuali e agli *status filiationis* derivanti dalle diverse tecniche di procreazione. Nella seconda parte della breve indagine, si

segnaleranno le peculiarità in ordine alle stesse tematiche viste dalla prospettiva della Corte di giustizia.

Si è ben consapevoli che alcune di queste tematiche richiedono discipline specifiche da parte gli Stati che non sempre sussistono, così di fatto “delegandosi” l'esigenza di certezza giuridica alle Corti, sia nazionali che sovranazionali.

## 2. *Portata del diritto a sposarsi e standard minimi di tutela effettiva per le coppie dello stesso sesso*

In relazione agli interrogativi concernenti il riconoscimento o meno del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, il percorso della Corte europea si è posto in maniera abbastanza chiara, muovendo, da un lato, verso una tutela delle coppie omosessuali per effetto della portata interpretativa dell'articolo 8 CEDU, e dall'altro, rimettendo agli Stati la scelta disciplinare o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Con tale doppio percorso parallelo la Corte di Strasburgo ha riconosciuto alle coppie omosessuali uno *status* giuridico effettivo<sup>2</sup>, ma

<sup>2</sup> Può ritenersi che la prospettiva di una tutela effettiva delle coppie omosessuali, in quanto nucleo stabile di affetti, si sia determinata nella misura in cui tale scelta è stata ricondotta al diritto alla vita familiare, superando le precedenti opzioni di inquadramento nel diritto alla vita privata. Significativa per tale sviluppo si pone la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 10 maggio 2001, ricorso n. 565001/00, *Mata Estevez c. Spagna*, che ha offerto un'interpretazione ampia della nozione di famiglia ai sensi dell'art. 8 CEDU ritenendo «artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della “vita familiare” ai fini dell'articolo 8». Conseguentemente la relazione di una coppia omosessuale convivente, con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di “vita familiare”, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione. Su punto da ultimo cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, par. 93. Per un commento delle decisioni richiamate cfr. C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 639 ss.; M.M. WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, p. 1137 ss.; E. CRIVELLI, D. KRETZMER, *Il caso Schalk e Kopf c. Austria in tema di unioni omosessuali*, in

allo stesso tempo non ha mai fornito una nozione di matrimonio che potesse includere anche le persone dello stesso, estendendo la portata normativa dell'articolo 12 a discapito delle opzioni costituzionali degli Stati<sup>3</sup>.

Nonostante le differenti argomentazioni e istanze provenienti dalle parti in relazione alla diversità dei sessi per contrarre matrimonio, la stessa Corte ha da sempre ritenuto di dover lasciare liberi gli Stati di valutare la possibilità di riconoscere o meno il matrimonio omosessuale, anche per l'impossibilità di rintracciare tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'area europea.

Invero, però, non sono mancate argomentazioni interpretative, volte ad una diversa prospettiva tendente al riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale, proponendo un superamento del tenore letterale dell'articolo 12 della CEDU, sulla base della proposizione normativa di cui all'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce il medesimo diritto a sposarsi senza, però, far alcun riferimento alla diversità dei sessi<sup>4</sup>.

M. CARTABIA, *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, p. 67 ss.; L. HOODSON, *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria*, in *Human Rights Law Review*, 2011, p. 152 ss.; L. MAGI, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 396 ss.

<sup>3</sup> Sul punto, abbastanza netta si presenta la posizione della Corte, ben riassunta in alcuni passaggi della decisione. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *X e altri c. Austria*, ove si afferma che «conviene anzitutto tenere presente che l'articolo 12 della Convenzione non impone agli Stati contraenti l'obbligo di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali, che il diritto al matrimonio omosessuale non può essere dedotto nemmeno dall'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 e che gli Stati, quando decidono di offrire alle coppie omosessuali un'altra modalità di riconoscimento giuridico, godono di un certo margine di apprezzamento per decidere sulla natura esatta dello status conferito».

<sup>4</sup> Il mancato riferimento all'identità sessuale di cui all'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali legittimerebbe, secondo una parte della dottrina, una prospettiva diversa in ordine al riconoscimento del matrimonio omosessuale. Per una lettura e interpretazione ampia del menzionato articolo 9 cfr. I. QUEIROLO, *Integrazione europea e diritto di famiglia*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D.G. RINOLDI (a cura di), *Scritti in Onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 585 ss., in particolare p. 606. Diverso è, invece, il discorso in ordine al riconoscimento del diritto a sposarsi tra persone di sesso non biologicamente diverso. In un primo indirizzo, la Corte aveva ritenuto che il diritto

Nella specie, viene posta la disposizione della Carta come una forma di “aggiornamento” del diritto contenuto di cui all’art. 12 della Convenzione considerate le differenti fasi temporali in cui le fonti sono state emanate, corrispondenti a contesti storico sociali differenti<sup>5</sup>.

Ulteriore elemento argomentativo, utilizzato soprattutto dai ricorrenti alla Corte EDU volto a stimolare una diversa prospettiva dell’art. 12, si rinviene nel dato esplicativo delle Spiegazioni alla Carta dei diritti fondamentali in cui si evidenzia la connessione tra le due disposizioni, in una prospettiva evolutiva riconosciuta espressamente all’art. 9 della Carta rispetto all’art. 12 della CEDU<sup>6</sup>.

di sposarsi garantito dall’art. 12 della Convenzione riguardasse il matrimonio tradizionale tra due persone di sesso biologicamente diverso. Tuttavia, nella giurisprudenza della Corte si sono profilati nel tempo nuovi scenari in ordine alla determinazione del concetto di “sesso diverso” giungendo ad affermare che, tenuto conto sia dell’evoluzione della coscienza sociale che dei progressi della medicina e della scienza, il sesso di una persona non può essere determinato secondo criteri puramente biologici. Il riferimento giurisprudenziale del mutamento di prospettiva si rinviene a partire da due sentenze della Grande Camera della Corte EDU, entrambe dell’11 luglio 2002, *I. c. Regno Unito*, e *Goodwin c. Regno Unito*. Nelle predette decisioni la Corte di Strasburgo ha accertato la violazione del diritto di sposarsi a carico dello Stato contraente che non consentiva l’accesso all’istituto del matrimonio a persone transessuali.

<sup>5</sup> Per un’analisi ed inquadramento generale dell’articolo 9 della Carta *ex multis* C. CAMPIGLIO, *Art. 9*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell’Unione europea*, II ed., Torino, 2014, p. 1685 ss. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, vista la sua applicazione e richiamo nella prassi ha favorito lo sviluppo di diversi commentari, cfr. *ex multis* W.B.T. MOCK, G. DEMURO (eds.), *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, USA, 2010; S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014; R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017; F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), avec la collaboration de C. RIZCALLAH, *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2018.

<sup>6</sup> Si riporta il testo delle spiegazioni all’art 9 della Carta dei diritti fondamentali, in GUUE C 303 del 14 dicembre 2007 «Questo articolo si basa sull’articolo 12 della CEDU, che recita: “A partire dall’età minima per contrarre matrimonio, l’uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l’esercizio di tale diritto”. La formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L’articolo non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo

A margine di tale prospettiva di approccio della Corte in ordine agli artt. 8 e 12 CEDU, viene evidenziato come i giudici di Strasburgo hanno utilizzato strumenti esegetici propri del sistema della Convenzione, tra cui anzitutto la dottrina del margine di apprezzamento<sup>7</sup>.

Nell'intento di creare uno *standard* europeo di tutela della famiglia, rispondente alla realtà socioculturale e giuridica, la Corte ha poi operato un'interpretazione autonoma ed evolutiva delle nozioni utilizzate nella CEDU, subordinando tuttavia l'inclusione in via giurisprudenziale di "nuovi diritti" nel testo convenzionale all'esistenza di un *consensus* europeo in materia, desunto dall'analisi comparata degli ordinamenti degli Stati contraenti<sup>8</sup>.

In tale contesto si è posto in maniera centrale lo sviluppo interpretativo dell'articolo 8 per realizzare a "pieno", nella sua portata, il diritto ad una vita familiare mediante una regolamentazione che tenesse conto dell'evoluzione della società e dei modelli familiari inclusivi delle coppie omosessuali<sup>9</sup>.

diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda». Le tesi interpretative richiamate sono state spesso poste dai ricorrenti, alla Corte, che è giunta, invero, a considerazioni diverse. Sul punto cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, si veda in particolare par. 60 ss.

<sup>7</sup> Per un approfondimento della richiamata dottrina, cfr. *ex multis* Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford-New York, 2002. Sulla base di tale dottrina, come è noto, viene accordato agli Stati una misura di discrezionalità nell'applicare gli *standard* convenzionali, per tenere conto delle peculiarità di ciascun contesto nazionale; allo stesso tempo viene richiesto agli Stati il rispetto del principio di proporzionalità, correttivo di tale dottrina, che impone agli Stati di perseguire i propri obiettivi di interesse generale in maniera adeguata al fine e, il più possibile, rispettosa delle prerogative dei singoli. La Corte si è costantemente cimentata in un esercizio di bilanciamento tra la tutela di diritti e aspirazioni dell'individuo, da un lato, e la salvaguardia, dall'altro lato, delle competenze statali in materia di diritto e politiche familiari. Sul punto da ultimo citato, e per un significativo inquadramento dei profili riguardanti gli sviluppi di cui all'articolo 8 alla luce di un'analisi ricostruttiva, si v. L. TOMASI, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli articoli 8 e 14 Cedu*, in *Questione e giustizia*, 2019, n. 2 (reperibile online).

<sup>8</sup> Così, L. TOMASI, *op. cit.*

<sup>9</sup> Per un approfondimento di tale sviluppo in ordine alla portata dell'articolo 8 della Convenzione cfr. M.G. PURATURO DONATI, *Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU, nell'interpretazione della Corte Edu:*

Invero, lo *step* successivo e significativo della Corte, per certi versi, di sintesi dei livelli di tutela affermati negli anni, si rinviene nel “richiamo” dei legislatori nazionali, a prendere atto del mutamento all'interno della società predisponendo un assetto normativo ispirato all'effettività della tutela delle coppie omosessuali.

Ciò ha trovato ampio spazio nelle conclusioni della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 luglio 2015 che, in più punti, ha evidenziato la mancata “sensibilità” giuridica del legislatore italiano ad emanare una legge sulle unioni civili<sup>10</sup>. Il profilo normativo

*il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno*, in *Europeanrights*, 15 febbraio 2015, (reperibile *online*). Il percorso della Corte in ordine all'affermazione della tutela di cui all'art. 8 per le unioni omosessuali si è rappresentato graduale e dettato anche dal superamento delle differenze di trattamento sussistenti in prima battuta tra coppie di fatto e coppie unite in matrimonio ed in seconda battuta tra le coppie di fatto etero ed omosessuali. Come viene segnalato, l'estensione ed il riconoscimento di alcuni diritti dettati prevalentemente da esigenze successorie o di natura previdenziale ha rappresentato la base di partenza giurisprudenziale per riconoscere un'effettività della tutela delle coppie omosessuali sulla base dell'articolo 8. Così, L. TOMASI, *op. ult. cit.* Lo sviluppo di tale percorso graduale si evince dalla successione temporale di alcune decisioni significative della Corte: cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 luglio 2003, ricorso n. 40016/98, *Karner c. Austria*; sentenza del 2 marzo 2010, ricorso n. 13102/02, *Kozak c. Polonia*; sentenza del 22 luglio 2010, ricorso n. 18984/02, *P.B. e J.S. c. Austria*; sentenza del 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*; sentenza del 15 marzo 2012, ricorso n. 25951/07, *Gas e Dubois c. Francia*; sentenza del 16 luglio 2014, ricorso n. 37359/09, *Hämäläinen c. Finlandia*; sentenza del 21 luglio 2015, ricorso n. 18766/1, *Oliari e altri c. Italia*; sentenza del 9 giugno 2016, ricorso n. 40183/07, *Chapin et Charpentier c. Francia*.

<sup>10</sup> Per un commento alla sentenza più volte segnalata cfr. *ex multis* L. PALADINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 luglio, Oliari e altri c. Italia. L'inertzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, marzo 2015, reperibile *online*; A. VALITUTTI, *Il diritto al rispetto della vita familiare e il riconoscimento delle unioni same sex*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Vicenza, 2016, p. 675 ss. La predetta decisione che ha visto destinataria l'Italia e che ha comportato l'adozione della legge sulle unioni civili del 20 maggio 2016 n. 76, si è posta come significativa dell'esigenza di affermazione di una tutela sostanziale da riconoscere all'unione omosessuale, in quanto legame di affetti stabile meritevole di una connotazione giuridica riconducibile al più volte richiamato articolo 8 della Convenzione. Per un inquadramento della legge 20 maggio 2016 n. 76 in una



di riconoscimento giuridico a protezione della relazione omosessuale deve rappresentare secondo la Corte, che di recente è intervenuta sul tema con la decisione 14 dicembre 2017<sup>11</sup>, il fattore ineludibile di garanzia, a prescindere dal fatto se una legislazione statale riconosca o meno la possibilità di regolamentare il matrimonio omosessuale; scelta, quest'ultima rimessa, in ogni caso, alla libertà ordinamentale degli Stati.

### 3. *Inquadramento e limiti del diritto alla procreazione e riconoscimento dello status filiationis*

L'evoluzione dei rapporti sociali e dello stesso concetto di comunità sociale che ha inciso sulla nozione di famiglia e di vita familiare, ha nasce da una vicenda abbastanza articolata riguardante due coniugi sterili che avevano fatto ricorso alla pratica della gestazione per conto di altri<sup>12</sup>.

prospettiva di raffronto con i diversi sistemi giuridici dell'area europea, e di analisi dei principali casi da parte della Corte EDU in materia di coppie dello stesso sesso cfr. A.M. ROMITO, *The rights of same sex couples under european and intalian law*, in *Bullettin of the Transilvania University of Braşov*, 2018, p. 161 ss. Per un inquadramento dei profili di diritto internazionale privato scaturenti dalla normativa richiamata sulle unioni civili cfr. B. BAREL, *Cittadinanza e disciplina di conflitto delle unioni civili*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Atti Convegno interinale SIDI, Salerno, 18-19 gennaio 2018, Napoli, 2018, p. 171 ss.; C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 39 ss.; E. BERGAMINI, *Contratti di convivenza e unioni civili: la nuova sfida per il diritto internazionale privato italiano e dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 28 giugno 2016, reperibile *online*.

<sup>11</sup> Sul punto cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 14 dicembre 2017, ricorso n. 26431/12, *Orlandi e altri c. Italia*.

<sup>12</sup> La vicenda si è presentata articolata, in quanto la Corte europea già aveva avuto modo di pronunciarsi sui profili collegati al riconoscimento dello *status* condannando la Francia nel 2014. Sul punto si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11. A seguito della predetta condanna, la giurisprudenza interna francese maturata successivamente ha posto una distinzione tra riconoscimento dello *status* di figlio derivante da gestazione per conto di altri in cui il legame biologico risulta coincidente con quello intenzionale e gestazione per conto di altri in cui non sussiste tale legame. Proprio sulla base di tale distinzione, al fine di evitare ulteriori condanne e per effetto di una modifica norma-

Nello specifico il parere del 10 aprile 2019 si articola in due parti. Con particolare riferimento al primo profilo, come si è fatto cenno, la Corte chiarisce che il diritto alla tutela della vita privata garantito dall'art. 8 della Convenzione impone agli Stati di consentire il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il figlio nato mediante gestazione per conto altri e la madre intenzionale indicata nell'atto di nascita estero come madre legale, anche se quest'ultima non ha prestato i propri gameti per il concepimento e di conseguenza non sussistente nessun legame genetico col figlio<sup>13</sup>.

tiva del Codice dell'organizzazione giudiziaria francese volta a permettere il riesame delle decisioni giudiziarie interne a seguito di un'eventuale condanna da parte di Strasburgo, la Corte di Cassazione ha stimolato l'intervento della Corte, facendo ricorso alla richiesta di parere. Per un'analisi dettagliata della ricostruzione della controversia e per gli aspetti giuridici correlati cfr. A.M. LECIS COCCO ORTU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e Cedu: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu e trascrizioni*, in *Genius*, 2019, n. 1, p. 1 ss. (reperibile online). Per ulteriori approfondimenti, si veda anche I. ANRÒ, *Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata*, in *SIDIBlog.it*, 6 maggio 2019, reperibile online; A. BUYSE, *Analysis: The Strasbourg Court's First Advisory Opinion under Protocol 16*, in *ECHR Blog*, 10 maggio 2019, reperibile online; A. DI BLASE, *Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019*, in *SIDIBlog.it*, 16 maggio 2019, reperibile online; L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità "intenzionale": il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano, in Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, n. 2 (reperibile online).

<sup>13</sup> Col presente parere, la Corte EDU ha fornito un ulteriore livello di tutela riconosciuto all'interesse del minore, prescindendo da valutazioni in ordine alla sussistenza del legame biologico o meno con il genitore intenzionale. Tale risultato si inserisce in un percorso progressivo che era stato già intrapreso dalla Corte, considerato che la stessa aveva determinato l'obbligo di riconoscimento del legame di filiazione, con riferimento al genitore biologico nel caso di ricorso a gestazione per conto altri. Sul punto cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11. L'esigenza di tutela, generata dal legame biologico in caso di gestazione per altri, viene di seguito confermata anche nel percorso logico della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12. Per un approfondimento di tali aspetti alla luce del percorso della Corte europea, si v. L. POLI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, (reperibile online), p. 162 ss.

Strettamente collegato al primo punto, si pone il successivo in ordine all'individuazione alternativa dello strumento da attuare da parte degli Stati per garantire il riconoscimento dello *status filiationis*. Diversamente dal primo profilo, ove il margine di apprezzamento da parte degli Stati cede in maniera assoluta per il tutelare l'interesse del minore, al secondo punto la Corte lascia un margine di apprezzamento statale in ordine alla scelta dello strumento giuridico a cui far riferimento, indicando alternativamente lo strumento del riconoscimento dell'atto di nascita oppure legittimare in tal caso una procedura di adozione.

Viene, invero, evidenziato come la scelta da parte degli Stati di ricorrere in modo alternativo ai due strumenti, certamente produce una tutela del minore, ma gli effetti della stessa tutela non si presentano identici<sup>14</sup>. È da ritenere sulla base di tale evidenza che in futuro vengano sollevati ulteriori profili innanzi alla Corte in quanto le singole differenze normative degli Stati potrebbero generare diversità di *status* a minori nati con medesime procedure di gestazione. Di tale profilo potrà essere interessato lo stesso ordinamento italiano, anche alla luce delle conclusioni a cui perviene la Corte di Cassazione nell'attesa pronuncia dell'8 maggio 2019<sup>15</sup>, in quanto non è difficile

<sup>14</sup> Per gli aspetti segnalati si rinvia alle considerazioni di A.M. LECIS COCCO ORTU, op. cit., p. 10 ove si afferma che «...le conclusioni della Corte quanto all'ammissibilità dell'adozione come modalità di adempimento dell'obbligo ex art. 8 CEDU appaiono insoddisfacenti e a tratti contraddittorie. Insoddisfacenti, perché la Corte non aggiunge alcuna precisi sanzione sui caratteri dei diversi istituti inclusi nell'ampia categoria di "adozione" e sulle condizioni che quest'ultima deve soddisfare per garantire un sufficiente livello di tutela dell'obbligo consacrato; a tratti contraddittoria, perché, quanto ai termini accettabili per l'esecuzione dell'obbligo, la Corte sembra suggerire ora un riconoscimento *ab initio*, ora dettare un ventaglio di termini diversi e assai più vaghi, con la conseguenza che il margine riconosciuto sul *quomodo* si traduce in un margine indeterminato sul *quando*».

<sup>15</sup> Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193. Tale decisione si è presentata molto attesa nella misura in cui i giudizi delle Sezioni Unite della Suprema Corte sono stati chiamati a pronunciarsi sul rapporto tra fecondazione eterologa e interesse del minore. In particolare, l'attenzione si è posta sul riconoscimento di *status filiationis* derivante da gestazione per conto altrui, ponendo soluzioni di tutela differenti per la tutela dell'interesse del minore, a seconda se trattasi di un genitore committente biologico o solo intenzionale, comportando un "affievolimento" dell'interesse del minore per quest'ultima ipotesi.

immaginare che vengano sollevate profili di possibili diseguaglianze tra figli che possano beneficiare della trascrizione integrale del proprio atto di nascita e figli che vedano riconosciuto il proprio rapporto col genitore intenzionale unicamente tramite l'adozione con efficacia *ex nunc*.

#### 4. *La prospettiva funzionalistica della Corte di giustizia*

Volgendo l'attenzione alla prassi della Corte di giustizia dell'Unione, la prospettiva di approccio alle medesime situazioni familiari, come è stato già segnalato in premessa, è ben diversa dall'inquadramento fornito nel percorso giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>16</sup>.

L'ambito di funzioni e il ruolo che le diverse Corti sono chiamate a svolgere comporta, come è noto, una prospettiva di inquadramento e di tutela della Corte di giustizia, in materia di diritti umani, funzionale all'esercizio delle libertà di mercato e ai principi sottesi a tali libertà.

Per tale motivo, le situazioni familiari – pur individuando nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea una loro affermazione<sup>17</sup> – trovano un loro risvolto concreto prevalentemente

<sup>16</sup> Il presente paragrafo riproduce le considerazioni e le ricostruzioni degli istituti già di recente esaminati nel paragrafo 5 presente in F. BUONOMENNA, *op. cit.*, in particolare p. 688 ss.

<sup>17</sup> Com'è noto l'intervento dell'Unione europea in materia di diritti fondamentali è ben circoscritto ed in ogni caso non è sovrapponibile all'ambito di applicazione, *ratione materiae*, della Convenzione europea, nonostante l'adozione da parte della stessa Unione di una Carta dei diritti fondamentali avente valore giuridico vincolante. L'espressa precisazione contenuta nell'art. 51 della richiamata Carta di non introdurre "competenze nuove" conferma tale prospettiva, pertanto anche i diritti riguardanti il tema oggetto di esame, contenuti nell'art. 7 (rispetto della vita privata e familiare) e nell'art. 9 (diritto di sposarsi e costituire una famiglia), possono trovare un'attuazione allor quando vengano messi in discussione soltanto nel raffronto con le libertà fondamentali e i principi ad essi sottesi tutelati dall'Unione europea. In tale logica cfr. R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., sub art. 9, in particolare p. 178.

nello scenario della libera circolazione e nel principio di non discriminazione<sup>18</sup>.

In relazione al primo profilo, lo stretto legame tra libertà di circolazione e diritto di famiglia è stato reso evidente dal fenomeno della “famiglia transnazionale”, basata sul presupposto che la persona che esercita il diritto di circolare e stanziarsi in altro Paese, spesso, è portata a farlo accompagnato dalla sua famiglia per le più naturali motivazioni<sup>19</sup>. Tale aspetto, se da un lato va inquadrato nella disci-

<sup>18</sup> Va precisato che se dal punto di vista sostanziale le situazioni familiari ricevono nell'affermazione dei menzionati principi una loro tutela effettiva, dal punto di vista processuale, in caso di conflitti riguardanti i regimi patrimoniali tra i coniugi e in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate l'Unione europea si è dotata di strumenti tipici di intervento. Invero, il 29 gennaio del 2019 sono entrati in vigore sia il Regolamento (UE) n. 1103 del Parlamento europeo e del Consiglio, *che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi*, del 24 giugno 2016, sia il Regolamento (UE) n. 1104 del Parlamento europeo e del Consiglio, *che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate*, del 24 giugno 2016. La prospettiva di regolamentazione è incentrata esclusivamente sui profili di carattere processuale (giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento delle sentenze e degli atti pubblici). Pur richiedendo una trattazione specifica, va in ogni caso segnalato, con particolare riferimento al secondo Regolamento, come esso si collochi in un contesto normativo statale già definito in ordine alla disciplina delle unioni registrate. Sarebbe stato al quanto sorprendente se all'entrata in vigore del predetto Regolamento soltanto pochi Paesi dell'Unione europea si fossero dotati di una disciplina delle unioni civili. Per un approfondimento della disciplina dei regimi patrimoniali di cui ai richiamati regolamenti cfr. A.L. VALVO, *Il contributo dell'Unione europea in materia di unioni di fatto*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2013, p. 9 ss.; S. ZINO, *La giurisdizione nelle cause tra coniugi secondo la normativa europea*, in *Civil Procedure Review*, 2014, p. 85; M.C. BARUFFI, *I nuovi regolamenti Ue sui regimi patrimoniali delle coppie internazionali sposate o registrate*, in *Il quotidiano giuridico*, 21 luglio 2016, reperibile online; P. LAGARDE, *Reglements 2016/1103 et 1104 sur les regimes matrimoniaux et sur le regime patrimonial des partenariats registres*, in *RDIPP*, 2016, p. 679; D. DAMASCELLI, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra i coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano ed europea*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 1103.

<sup>19</sup> Il profilo segnalato si ricollega alla più ampia tematica della sussistenza di un diritto alla unità familiare. Cfr., *ex multis*, L. TRIA, *Il diritto all'unità familiare degli stranieri e degli apolidi nell'Unione europea ed in Italia: una prospettiva di sintesi*,

plina della libera circolazione, dall'altro necessita di una valutazione preventiva in ordine al riconoscimento degli *status* familiari<sup>20</sup>.

Sulla base di tale presupposto si è aperto il dibattito normativo e giurisprudenziale sulle forme di convivenza diverse dal legame coniugale. Un contributo significativo a tale dibattito proviene dalla scelta compiuta dalla direttiva n. 38 del 29 aprile 2004 concernente la disciplina in ordine alla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari all'interno dell'Unione. In particolare, e per tali fini l'art. 2 par. 2 della richiamata direttiva ha dato una nozione di "familiare" più ampia rispetto a quella intesa nel senso tradizionale. È ben altrettanto noto che, in tale prospettiva, è stato ricompreso oltre al coniuge, il partner con cui il cittadino dell'Unione ha contratto un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro<sup>21</sup>.

La giurisprudenza formatasi sull'applicazione della predetta direttiva si è sempre mossa lungo la richiamata impostazione non incidendo in alcun modo sulla qualificazione della nozione di matrimonio e di coniuge.

in *Europeanrights*, 23 marzo 2018 (reperibile *online*); V. DI COMITE, *Diritto di soggiorno e unità familiare: ancora molta strada da percorrere?*, in *Sud in Europa*, 2014, p. 12 ss.; P. FRANCO, *Sul diritto all'unità familiare nel diritto europeo e nel diritto italiano*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, p. 522 ss.; M.C. CICIRIELLO, *Il ricongiungimento familiare come diritto fondamentale del migrante*, in *La Comunità Internazionale*, 2006, p. 109 ss.; G. SCIANCALEPORE, *Il diritto al ricongiungimento familiare tra norma speciale e disciplina costituzionale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1996, p. 1276 ss.

<sup>20</sup> Con particolare riferimento agli effetti dell'introduzione in Italia delle unioni civili sull'applicazione delle direttive dell'UE in materia di libera circolazione delle persone, si v. C. RAGNI, *L'impatto della introduzione delle unioni civili e delle convivenze di fatto sugli obblighi assunti dall'Italia in ambito europeo*, in *Eurojus*, 6 giugno 2016, in particolare p. 3 ss. (reperibile *online*). Per un approfondimento dell'estensione agli *status* familiari nell'ambito dell'Unione del principio di mutuo riconoscimento, si v. B. BAREL, *op. cit.*; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 95 ss.; E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

<sup>21</sup> M. FINOCCHIARO (a cura di), *Una nozione ampia di "familiare" fa spazio alle unioni di fatto*. Commento al decreto legislativo n. 30 del 6 febbraio 2007 in attuazione della direttiva 2004/38/CE, in *Guida al diritto*, 2007, n. 19, p. 28 ss. Anche prima dell'emanazione della richiamata direttiva la tematica assumeva una sua rilevanza con profili rilevanti segnalati dalla dottrina. Cfr., *ex multis*, P. MORI, *Il diritto di soggiorno del compagno non coniugato del lavoratore comunitario: coniuge in senso lato o «vantaggio sociale»?*, in *Giustizia civile*, 1987, p. 1364 ss.

Un impatto diverso rispetto a tale consolidato indirizzo si è avuto con la decisione del 5 giugno 2018 da parte della Corte di giustizia che ha fornito l'occasione di ravvivare il dibattito riguardante il riconoscimento del matrimonio omosessuale all'interno dell'UE.

La fattispecie che ha visto porre l'attenzione sull'esercizio del c.d. diritto di soggiorno indiretto da parte di un coniuge omosessuale legittimamente riconosciuto come tale in un altro Stato dell'Unione, è volta a dare una risposta concreta in ordine alla possibilità o meno di vedersi riconosciuto il diritto di soggiorno anche negli Stati in cui non è disciplinato il matrimonio omosessuale<sup>22</sup>. La Corte muovendo da tale interrogativo e per tale interrogativo si "spinge" al riconoscimento del matrimonio omosessuale all'interno dell'UE. Vale la pena rimarcare che si tratta di un riconoscimento soltanto funzionale al riconoscimento del c.d. soggiorno indiretto e non si configura in nessun caso come un monito per gli Stati al riconoscimento dei matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso<sup>23</sup>. Nonostante

<sup>22</sup> Sul punto cfr. punto 2 della massima ove si statuisce che «L'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, il cittadino di uno Stato terzo, dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, che abbia contratto matrimonio con quest'ultimo in uno Stato membro conformemente alla sua normativa, dispone di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi nel territorio dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza. Tale diritto di soggiorno derivato non può essere sottoposto a condizioni più rigorose di quelle previste all'articolo 7 della direttiva 2004/38».

<sup>23</sup> Significativi aspetti di tale passaggio si rinvengono nei paragrafi 43 e 45 della richiamata decisione «A tale riguardo, occorre ricordare che, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale (v. anche, in tale senso, sentenza del 2 giugno 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401, punto 73 e giurisprudenza ivi citata). (...) «In proposito, si deve rilevare che l'obbligo per uno Stato membro di riconoscere un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in un altro Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, non pregiudica l'istituto del matrimonio in tale primo Stato membro, il quale è definito dal diritto nazionale e rientra, come ricordato al punto 37 della presente sentenza, nella competenza degli Stati membri. Esso non comporta l'obbligo, per detto Stato membro, di prevedere, nella normativa nazionale, l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Tale obbligo è circoscritto al riconoscimento di siffatti matrimoni, contratti in un altro Stato membro in conformità della normativa di quest'ultimo, e ciò unicamente ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti a tali persone dal diritto dell'Unione».

l'espressa precisazione della Corte, non sono mancate interpretazioni e commenti a tale decisione che hanno ipotizzato il riconoscimento da parte dell'Unione del matrimonio omosessuale anche per gli Stati che non lo hanno disciplinato. Un'estensione di tale riconoscimento anche agli Stati che non lo hanno disciplinato per fini diversi da quello del diritto di soggiorno indiretto, non può allo stato attuale del diritto dell'Unione considerarsi sussistente, nonostante le diverse argomentazioni che vengono poste in essere per ricondurre a regola generale il riconoscimento del matrimonio omosessuale tra gli Stati dell'Unione.

Anche con riguardo al secondo profilo riguardante il rapporto tra principio di non discriminazione in base al sesso e situazioni familiari l'intervento dell'Unione non racchiude in sé obiettivi di armonizzazione, né tantomeno di uniformazione delle legislazioni nazionali in materia di matrimonio tra persone dello stesso.

Ciò trova conferma nella prassi formatasi in ordine al riconoscimento o meno di prestazioni previdenziali o retributive, in assenza di un vincolo coniugale tra due persone che hanno una relazione affettiva. La scelta dell'Unione di dare attuazione a profili attinenti al riconoscimento o meno di prestazioni previdenziali o retributive, in assenza di un vincolo coniugale tra due persone che hanno una relazione affettiva stabile dello stesso sesso non si pone come monito a regolamentare il matrimonio tra persone dello stesso sesso ma si inserisce in un contesto più ampio di attuazione della direttiva n. 78 del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la rimozione nel mondo del lavoro di qualunque discriminazione, ivi comprese quelle basate sull'orientamento sessuale<sup>24</sup>. Sia pur sussistenti delle

<sup>24</sup> In tal senso si rappresenta l'indirizzo consolidato della giurisprudenza della Corte di giustizia. Cfr. in particolare *ex multis* sentenza del 12 dicembre 2013, causa C-267/12, *Frédéric Hay*; sentenza del 10 maggio 2011, causa C-147/08, *Jürgen Römer*, punti 41-43. In dottrina cfr. M. BONINI-BARALDI, *La pensione di reversibilità al convivente dello stesso sesso: prima applicazione della direttiva 2000/78/CE in materia di discriminazione basata sull'orientamento sessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 660 ss.; D. DEL VESCOVO, *Coppie di fatto: pensione reversibile anche per le coppie omosessuali*, in *Sud in Europa*, 2008, n. 10, p. 17 ss.; G. MARZULLI, *Il riconoscimento della pensione di reversibilità ai partner di coppie dello stesso sesso: la Corte di giustizia tra principio di uguaglianza e competenze statali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 1505 ss.



zone grigie in ordine al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, da parte dell'Unione, permane un nucleo di valutazione sostanziale rimesso ai singoli Stati secondo quelle che sono le rappresentazioni e/o i dettami costituzionali.

5. Dual approach *della Corte di giustizia in relazione alle tutele richieste in presenza di tecniche di procreazione*

La scelta della Corte di giustizia di non intervenire nella qualificazione giuridica di istituti propri del diritto di famiglia oggetto di regolamentazione statale, come si è avuto modo di constatare non significa assenza di tutela per quegli effetti che scaturiscono dai medesimi istituti, ed hanno in ogni caso una rilevanza di diritto dell'Unione. Certamente quanto più le tematiche hanno implicazioni etico-morali non adeguatamente maturate in un contesto sociale uniformato a livello di Stati appartenenti all'Unione, tanto più l'intervento della Corte di giustizia si presenta di non facile soluzione, nella misura in cui si tenta di conciliare l'applicazione normativa delle disposizioni "tecniche" con esigenze riconducibili alle istanze derivanti della persona umana, che talvolta non possono, *ratione materiae* trovare una piena allocazione.

Ciò si presenta evidente in particolar modo, allor quando si proceda ad analizzare, le valutazioni della Corte di giustizia con riguardo a situazioni rilevanti per la disciplina dell'Unione, che traggono origine da fattispecie concernenti ipotesi di procreazione differenti da quella naturale. Va invero, segnalato, come allo stato attuale non si presentano molteplici decisioni al riguardo, pertanto l'indagine è circoscritta soltanto ad alcuni casi significativi, dai quali emergono differenti "sforzi" attuativi da parte dei giudici di Lussemburgo in ordine alla ricerca di soluzioni volte ad attuare il profilo dapprima segnalato della esigenza di tutela di situazioni giuridiche oggetto di regolamentazione statale *in fieri*.

Certamente ispirata a tale logica si pone la ben nota decisione del 26 febbraio 2008<sup>25</sup> avente ad oggetto un rinvio pregiudiziale in

<sup>25</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner*, causa C-506/06. Per un approfondimento della richiamata decisione cfr., *ex multis*, L. TRUCCO, *Le tutele comunitarie nei confronti delle lavoratrici alla prova della fecondazione in vitro*, in *Giurispru-*

ordine alla esatta qualificazione della nozione di lavoratrice gestante ai sensi dell'articolo 2, lett. a) della direttiva 92/85 CEE<sup>26</sup>, al fine di valutare l'applicazione della disciplina del divieto di licenziamento, anche alla lavoratrice che aveva intrapreso una fecondazione *in vitro*. Nel caso specifico la comunicazione del licenziamento era intercorsa prima che gli embrioni *in vitro* fossero stati impiantati in utero. Rispetto a ciò la Corte trovandosi di fronte ad un "vuoto" normativo sul punto, ha ritenuto rilevante al fine della qualificazione dell'inizio di gravidanza il momento dell'avvenuto impianto in utero, considerando pertanto legittimo il licenziamento sulla base dell'interpretazione restrittiva dell'articolo 2 della richiamata direttiva.

Ciononostante, l'organo giurisdizionale, in assenza di una normativa specifica non rinuncia a riconoscere una particolare tutela, ricorrendo – senza che ne fosse stato oggetto di menzione nella richiesta di rinvio – all'applicazione della direttiva 76/207/CEE<sup>27</sup>, sulla parità tra uomini e donne nell'ambiente di lavoro per sostenere l'illegittimità del licenziamento della lavoratrice qualora il giudice *a quo* avesse riscontrato quale causa principale del licenziamento, l'astensione della donna dal lavoro, motivata dalle cure necessarie per la procreazione assistita.

A diverse valutazioni può giungersi, invece, allorquando si pongono come oggetto di attenzione due meno risalenti decisioni dell'8 marzo del 2014<sup>28</sup>, nella parte in cui non viene riconosciuto il diritto

*denza Italiana*, Consulta online; T.M. MOSCHETTA, *La Corte di Giustizia si pronuncia sul divieto di licenziamento delle lavoratrici in "attesa" di fecondazione assistita*, in *Sud in Europa*, maggio 2008, n. 10, p. 25 ss.

<sup>26</sup> Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, *concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento*, del 19 ottobre 1992, in GUCE L 348 del 28 novembre 1992.

<sup>27</sup> Direttiva 76/207/CEE del Consiglio, *relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro*, del 9 febbraio 1976, in GUCE L 39 del 14 febbraio 1976.

<sup>28</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 18 marzo 2014, *C.D c. S.T.*, causa C-167/12 e *Z. c. A Government Department and the Board of Management of a Community School*, causa C-363/12. Per un commento delle decisioni richiamate, con rilevanti spunti critici in ordine alle soluzioni a cui perviene la Corte si v. M. BALBONI, *Surrogazione: per la Corte di Giustizia non c'è diritto al congedo di maternità*, in *Articolo29*, 26 marzo 2014 (reperibile online).

di congedo di maternità di cui all'articolo 8 della direttiva 92/85/CEE anche alla madre che avesse fatto ricorso alla gestazione per conto altri.

Nonostante il riconoscimento normativo di tale pratica nella legislazione del Paese in cui viveva la signora con il marito, la Corte ha focalizzato la sua attenzione sulla nozione di parto, piuttosto che sull'evento nascita, in una prospettiva restrittiva e non funzionalistica all'applicazione degli effetti del congedo per maternità, senza tener particolarmente conto che la normativa da applicare era stata posta in essere in un contesto storico-sociale diverso e che non residuavano ulteriori disposizioni normative, né interne, né comunitarie in cui ricercare una tutela.

Tale prospettiva di apertura verso una maggiore tutela, tra l'altro era stata indicata da uno degli Avvocati generali che aveva invece considerato la possibilità di estendere l'ambito di applicazione della direttiva reinterprestandone il testo alla luce delle mutate condizioni storiche rispetto a un'epoca in cui il fenomeno della surrogazione non poteva essere certo presente all'attenzione del legislatore<sup>29</sup>.

Ulteriore elemento significativo della vicenda che avrebbe potuto legittimare da parte della Corte un ulteriore sforzo valutativo, si sarebbe potuto rinvenire nella stessa *ratio* della norma, che se da un lato risponde ad una tutela della salute della donna *post-partum*, dall'altro non ne esclude una funzione premiale collegata alla fase dell'allattamento del bambino, profilo quest'ultimo non irrilevante anche per l'ipotesi in cui si sia fatto ricorso alla gestione di maternità per altri.

Ebbene sia pur riconoscendo, la *ratio* ulteriore del momento dell'allattamento, i giudici hanno ritenuto non estendibile la predetta tutela, lasciando profili significativi di criticità aperti, che prescindono da ogni valutazione etico-morale sulla gestazione per conto altri, anche perché la lavoratrice richiedente tutela aveva intrapreso un percorso di maternità ritenuto ammissibile dalla legislazione dello Stato in cui viveva.

<sup>29</sup> Sul punto cfr. conclusioni dell'Avvocato generale J. KOKOTT, presentate nella causa C-167/12, *C.D. c. S.T.*, p. 35 ss.

## 6. *Profili conclusivi*

La forte esigenza proveniente dalla società civile di vedere regolamentate situazioni giuridiche che hanno ridisegnato il perimetro del diritto di famiglia e delle situazioni ad esse collegate, ha caratterizzato l'ultimo ventennio giurisprudenziale.

Rispetto a ciò, non sempre i legislatori nazionali hanno dato adeguate risposte normative, rimettendo alle Corti nazionali e sovranazionali competenze interpretative di non facile soluzione, considerato che trattasi di tematiche incidenti sia pur indirettamente con i principi e le scelte costituzionali degli Stati. Dalle stesse Corti a volte emerge uno sforzo interpretativo significativo che deve "arrestarsi" di fronte a vuoti normativi, giungendo, a volte a soluzioni differenti<sup>30</sup>.

In tale scenario il cd. dialogo tra Corti, sia "verticale", tra Corti interne e Corti sovranazionali, che "orizzontale", tra Corte di giustizia dell'Unione e Corte europea dei diritti dell'uomo, assume una portata fondamentale allorquando allo stesso *thema decidendum* corrispondano differenti prospettive di valutazione in ottemperanza delle competenze di intervento.

Proprio per quelle situazioni giuridiche familiari il cui riconoscimento in un dibattito ampio è *in itinere*, si possono profilare rischi di messa in discussione della certezza giuridica o quanto meno tutele differenziate. Di tali profili sono ben consapevoli le Corti sovranazionali che in più occasioni hanno segnalato ai legislatori dei diversi Stati, anche in una prospettiva di realizzare profili di uniformità, l'opportunità di interventi normativi specifici.

<sup>30</sup> Si veda ad. es. le differenti soluzioni, in precedenza segnalate, provenienti dalla Cassazione, Sezioni Unite, 8 maggio 2019, n. 12193, rispetto alle determinazioni della Corte EDU espresse nel richiamato parere del 10 aprile 2019.

*Abstract*

RIFLESSIONI SULLEVOLUZIONE DEGLI *STATUS* FAMILIARI  
TRA LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI  
DIRITTI DELL'UOMO E QUELLA DELLA CORTE DI  
GIUSTIZIA

Nel presente studio si analizza la significativa giurisprudenza sia della Corte europea dei diritti dell'uomo che dalla Corte di giustizia, in materia di diritto di famiglia con particolare riferimento ad alcuni istituti che hanno maturato una loro evoluzione sociale, tale da richiedere una tutela giuridica, e che non sempre godono di una regolamentazione specifica e articolata da parte degli Stati. Si è cercato in tale studio di evidenziare le peculiarità di approccio e le differenti valutazioni tra le due Corti in ordine ai medesimi istituti.

REMARKS ON THE EVOLUTION OF FAMILY *STATUS*  
BETWEEN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN  
COURT OF HUMAN RIGHTS AND THAT OF THE COURT  
OF JUSTICE OF THE EU

This essay analyses the significant jurisprudence of both the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the EU in the field of family law, having special reference to some institutions that underwent a certain social evolution, so as to require legal protection, even though not enjoying specific and articulated regulation by States. This study aims to highlight the different approaches and assessments of the two Courts in relation to the same institutes.

# LO STATO DELL'ARTE DELLE CONTROVERSIE TRANSFRONTALIERE NELLO SPAZIO EUROPEO

*Franco De Stefano\**

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. – 2. I principali strumenti processualcivili europei e il progetto IC2BE. – 3. La giurisdizione del giudice italiano davanti a Bruxelles I-bis e Lugano 2007. – 4. I protocolli di intesa tra le Corti supreme e l'esperienza italiana.

## 1. *Considerazioni generali*

L'intervento di un civilista tra tanti e tali penalisti potrebbe per un momento avere la sensazione del vaso di coccio tra quelli di ferro. Eppure, una consapevolezza del cittadino europeo della sua dimensione anche di giustiziabile civile è fondamentale ai fini della consapevolezza dello Spazio di giustizia e libertà che garantisce e costruisce l'Unione.

Un cittadino europeo deve essere prima di tutto informato di questa sua dimensione e delle opportunità che l'Europa, prima delle facili demagogiche impostazioni denigratrici, gli offre. L'Europa è una formidabile occasione di crescita comune, anche per il civilista e probabilmente in maggior misura per il civilista.

Occorre confidare, da cittadini prima ancora che da operatori del diritto, nel fatto che potremmo valorizzare gli elementi comuni, perché, da soli, sicuramente non si va da nessuna parte.

Chi scrive ebbe l'occasione o la fortuna di essere delegato dal Consiglio Superiore della Magistratura, nell'ormai lontano giugno del 2000<sup>1</sup>, all'indomani del fondamentale Consiglio di Tampere, per

\* Consigliere della Corte suprema di Cassazione, assegnato dal 2016 alle sezioni unite civili – componente del gruppo dei referenti per i protocolli di intesa tra la Corte suprema di Cassazione e la Corte europea dei diritti dell'uomo e, poi, la Corte di giustizia dell'Unione europea.

<sup>1</sup> V. F. DE STEFANO, *Il titolo esecutivo europeo: forse non più un'utopia*, in *Questione Giustizia*, 2002, n. 4.

lo studio di uno dei primi Regolamenti europei in materia di procedura civile, quello che poi sarebbe diventato il TEE.

L'atmosfera che si respirava era fra il goliardico e lo storico: era ormai avviata definitivamente la riforma storica dell'Euro, si era nel 2000; il TEE sembrava una chimera; abbiamo adesso in sequenza non solo cinque regolamenti molto importanti, che intervengono direttamente nella procedura civile si può dire di ogni giorno di ciascuno di noi, ma anche quelli di seconda generazione e finalmente l'abbandono della necessità dell'*exequatur*.

## 2. *I principali strumenti processualcivistici europei e il progetto IC2BE*

Si è, cioè, in materia civile ed in via generale con il Regolamento Bruxelles I-bis 1215/2012 finalmente superata – almeno sulla carta – la necessità dell'*exequatur*.

Occorre rendersi pienamente conto di quanto questa innovazione comporti in termini di reciproca fiducia e di reciproco affidamento: ogni giudice dei Paesi dell'Unione – con la consueta eccezione della Danimarca – è di per sé affidato in quanto tale.

La circolazione delle decisioni, nelle controversie transfrontaliere, col reciproco affidamento e col reciproco riconoscimento è importante per superare in chiave moderna l'ambito di un sovranismo tardo-ottocentesco; senza bisogno di rifarsi al sistema nato dalla pace di Westfalia e a prima ancora, perché lo Stato deve oggi necessariamente confrontarsi con una realtà che trascende le sue barriere.

Col reciproco riconoscimento che la legislazione europea ha in grande stile avviato, tutto ciò è, almeno sulla carta, possibile.

L'attenzione al riconoscimento ed all'esecuzione internazionale delle decisioni giudiziarie ha, per la prima volta nella storia, dato luogo, per iniziativa della Corte Suprema del Popolo della Repubblica popolare cinese, all'organizzazione, il 22 gennaio 2019 a Shanghai<sup>2</sup>, della prima conferenza mondiale sull'esecuzione: quest'ultima è intesa non soltanto nel nostro senso, cioè l'attività meramente esecutiva del titolo, ma in quello comprendente tutte le attività di affidamento nel circuito commerciale, a

<sup>2</sup> V. F. DE STEFANO, *La Conferenza mondiale sull'esecuzione di Shanghai*, in *www.inexecutivis.it*, 3 aprile 2019.

sua volta nel senso di quello avvengono tutti gli scambi di beni e servizi, cioè i contatti di ogni giorno, prima di arrivare alla fase patologica nella quale devono necessariamente intervenire anche i penalisti.

L'ordinato funzionamento della giustizia civile – e del suo settore conclusivo, quale l'esecuzione anche in senso stretto – è quindi la pre-condizione per un'ordinata impostazione dei rapporti quotidiani, che è la grande opportunità che viene offerta, anche in ambito europeo, da questi Regolamenti.

Tra tali fonti del diritto europeo basti qui un elenco, riservando ad altri e più organici interventi ogni approfondimento: il titolo esecutivo europeo (805/2004), l'ingiunzione di pagamento europea (1896/2006), il procedimento per le controversie di modesta entità (861/2007), il sequestro conservativo europeo di conti correnti bancari (655/2014).

Alla concreta applicazione di questi importanti strumenti normativi europei è dedicata grande attenzione. Un progetto europeo prosegue l'esperienza del fortunato progetto EU Pillar (che, concluso nel 2016, riguardava il precedente quinquennio) e prevede oggi l'iniziativa che va sotto l'acronimo IC2BE (*informed choices in cross-border enforcement*), cioè scelte informate nel contenzioso transfrontaliero.

Questo progetto si è riproposto di raccogliere dati importanti e di confrontare l'applicazione in otto dei ventisei Paesi dell'Unione – Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Olanda, Polonia e Spagna – dei quattro maggiori Regolamenti appena ricordati, alla luce anche della giurisprudenza della Corte di giustizia; è stato condotto da un *pool* di Università, capofila quelle di Anversa in consorzio con l'Istituto Max-Planck Luxembourg, con la Complutense di Madrid, quella di Milano Statale, quella di Cracovia, quella di Rotterdam.

Dopo un primo *round* di seminari – con la formula del confronto tra accademici ed operatori pratici del diritto, quali avvocati e magistrati, ma pure con rappresentanti di associazioni di consumatori e di imprenditori, seguiti dall'intervista individuale di molti di loro – in ciascuna delle Nazioni delle Università coinvolte, i risultati sono stati discussi in ognuna di quelle (per l'Italia ad un Seminario conclusivo l'8 novembre 2019 a Milano) e poi in una Conferenza finale, tenutasi ad Anversa il 21 e 22 novembre 2019<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> V. <https://www.uantwerpen.be/en/projects/ic2be/final-conference>.



In particolare, si è predisposta un'interessante base di dati in inglese di casi decisi da corti nazionali e dalla CGUE dall'ottobre 2005; e si è poi proceduto ad analizzare come gli operatori pratici attualmente scelgono tra i suddetti strumenti e come potrebbe meglio diffondersi la conoscenza sulla loro applicazione, incrementando la consapevolezza tra gli operatori pratici sulla scelta del più appropriato strumento.

A questo fine, sono state sollecitate riflessioni ed opinioni su questi specifici temi: se ci sia ancora un legittimo bisogno pratico per i regolamenti di seconda generazione dopo l'abolizione dell'*exequatur* nel Bruxelles I-*bis*; se la frammentazione normativa nel riconoscimento e nell'esecuzione delle sentenze straniere costituisca un ostacolo alla pratica legale, oppure, al contrario, lasci un apprezzabile margine per il c.d. *enforcement shopping*; se il diritto processuale civile europeo formi già ora un sistema coerente oppure se sia preferibile una più stretta interrelazione.

Lo scopo dichiarato è quello di favorire un migliore assetto nel funzionamento dei regolamenti di seconda generazione ed una loro rafforzata visibilità; di predisporre una base di dati pubblicamente reperibile, collegata al portale *E-Justice*, che aumenti la consapevolezza e faciliti scelte informate, sorretta da un'accessibilità capillare e diffusa; di pubblicare i principali risultati della ricerca in un libro destinato ad un pubblico accademico, con proposte per ulteriori incrementi della solidità ed effettività dell'attuale sistema normativo.

Tra gli obiettivi si è indicata una maggiore coerenza della struttura normativa in materia di esecuzione transfrontaliera, dal punto di vista di una maggiore efficienza per i creditori ed al contempo di una adeguata protezione dei debitori ed in particolare dei consumatori; e non poteva mancare una riflessione sui rapporti coi Paesi non UE, tra cui anche, ormai, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord dopo la Brexit. Si è fatto il punto della situazione sul progresso tecnologico e sulle alternative all'esecuzione transfrontaliera per le controversie di modesta entità, come pure sul miglioramento dell'accesso ai dati ed alle informazioni sul sistema di esecuzione transfrontaliera.

Alle ricche ed esaustive relazioni, sotto l'agile forma di presentazioni per la maggiore fruibilità possibile, va qui fatto un mero richiamo.

Può qui bastare il rilievo che il livello di effettiva applicazione di tali Regolamenti, almeno in Italia, non è incoraggiante.

A livello di Corte suprema di Cassazione, per quanto possa essere una cartina di tornasole visto che il giudizio di legittimità è occasionale in quanto legato alla casualità delle vicende giudiziarie, ci sono soltanto sette massime in tutto (tra Sezioni Unite e sezioni semplici, ma per un numero ancora inferiore di sentenze<sup>4</sup>); a livello di giudici di merito abbiamo qualche maggiore attenzione.

Non si hanno ancora – se non altro conosciuti – precedenti giurisprudenziali del più importante di questi Regolamenti in un'ottica preventiva, vale a dire il sequestro di conti correnti bancari, per il quale non abbiamo ancora esperienze applicative.

Tuttavia, anche dalle altre indicazioni si ha la sensazione di una scarsissima informazione e di una limitatissima tendenza ad avvalersi di strumenti pure molto efficaci.

La comparazione tra i ventisei Paesi porta a dire che sono molto più propensi ed inclini gli altri partner europei ad avvalersi di queste opportunità anche nei confronti di controparti italiane che non viceversa.

Se questo è vero, molto c'è ancora da fare.

Già iniziative come la presente possono in qualche modo aprire gli occhi sulle prospettive: le quali passano attraverso una straordinaria semplificazione – dando per scontata la conoscenza di quali possibilità offrano i richiamati Regolamenti – ed una straordinaria duttilità, sia a valle che a monte.

È come pensare davanti a sé un convenuto davanti al proprio giudice nazionale: tanto comporta un grande sforzo di comprensione, anche di studio; ma è obiettivamente il futuro obbligato.

Per quante saranno le difficoltà, le tradizioni costituzionali comuni, che grande parte hanno nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, dovranno essere ricercate e costruite proprio perché condivise<sup>5</sup>, anche nel settore della giustizia civile e della sua proiezione esecutiva.

<sup>4</sup> In materia di IPE: Corte di Cassazione, sentenza del 31 gennaio 2019, n. 2840; Corte di Cassazione, sentenza del 20 marzo 2017, n. 7075; Corte di Cassazione, sentenza del 26 maggio 2015, n. 10799. In materia di TEE: Corte di Cassazione, sentenza del 22 maggio 2015, n. 10543.

<sup>5</sup> Per organici richiami giurisprudenziali e dottrinali ci si permette un rinvio a F. DE STEFANO, *Il rapporto tra le Carte dei diritti fondamentali e le tradizioni costituzionali degli Stati membri nel dialogo tra le Corti: il quadro attuale e le prospettive*, relazione al corso organizzato dalla Struttura di Formazione decentrata della Scuola superiore della Magistratura per la Corte di Cassazione in data 7-9 marzo 2018.

### 3. *La giurisdizione del giudice italiano davanti a Bruxelles I-bis e Lugano 2007*

Questo consente di capire l'impostazione della giurisprudenza nazionale sui temi della giurisdizione, perché una delle ricadute dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia è anche l'applicazione concreta delle numerose norme in materia di giurisdizione del giudice italiano.

Proprio quest'anno la Corte suprema di Cassazione, a sezioni unite, è intervenuta in una serie di materie un po' più vicine alla quotidianità, non perché non faccia parte della quotidianità la patologia penale, ma perché ci si augura che la quotidianità civilistica possa sempre in qualche modo avere un suo ruolo importante, fino ad essere l'unica a contare veramente.

Ci si riferisce ai *trust*<sup>6</sup>, compresi quelli costituiti all'estero e da persone facoltose e per fini che potrebbero sembrare non troppo commendevoli, oppure alle iniziative risarcitorie di vere e proprie predazioni finanziarie all'estero ai danni di cittadini italiani<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Corte di Cassazione, ordinanza del 18 marzo 2019, n. 7621. Vi si statuisce che la domanda proposta dal disponente o *settlor* nei confronti sia del *trustee* successivo, domiciliato nella Confederazione elvetica, che del beneficiario, avente domicilio in Italia, di un *trust* costituito in uno Stato estero ove non trovano applicazione la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 né alcuno strumento europeo e volta a far valere, rispettivamente, l'invalidità della costituzione del rapporto tra le parti del *trust* e la conseguenziale insussistenza di crediti della beneficiaria sul relativo patrimonio o sui redditi prodotti, appartiene, *ex art. 6, n. 1, della Convenzione di Lugano del 2007* – di tenore identico all'art. 6, n. 1, del Reg. CE n. 44 del 2001, ora trasfuso nell'art. 8, n. 1, del Reg. UE n. 1215 del 2012 – alla giurisdizione del giudice italiano, sussistendo un evidente vincolo di interdipendenza tra la declaratoria di nullità e la domanda di restituzione dei beni ai quali la beneficiaria potrebbe avere un'aspettativa giuridicamente tutelabile. Inoltre, si precisa che, in caso di *trust* (nella specie, discrezionale ed irrevocabile) costituito da una cittadina italiana in uno Stato estero (quale le Isole Cayman) ove non trovano applicazione la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, né i Regolamenti (CE) n. 44 del 2001 o (UE) n. 1215 del 2012 né, ancora, le Convenzioni di Lugano del 16 settembre 1988 o del 30 settembre 2007, con individuazione del *trustee* in una società domiciliata in quello Stato e dei beneficiari in persone fisiche o giuridiche domiciliate in Italia, la clausola negoziale di proroga della giurisdizione in favore dei giudici dello Stato estero per le controversie in materia di *administration* del *trust* non si estende a quella in tema di validità del rapporto nel suo complesso considerato.

<sup>7</sup> Corte di Cassazione, sentenza del 4 marzo 2019, n. 6280. Vi si stabilisce che le condizioni fattuali da valutarsi ai fini della giurisdizione, anche in caso di appli-

Anche in questo caso l'impostazione, come lettura complessiva, è stata quella di favorire – ove possibile – un'interpretazione che consenta di affermare la giurisdizione del giudice italiano: e tuttavia, si badi, non già per un malinteso senso di sovranismo giudiziario, ma per l'evidente considerazione della causa del singolo contratto e di maggiore facilità nella trattazione della controversia.

Sul punto della giurisdizione e del reciproco rispetto è stata anche di recente ricordata la fondamentale sentenza 238/14 della Corte Costituzionale<sup>8</sup>: ci sono dei controlimiti insuperabili, ma quelli vanno stabiliti dalla nostra Corte Costituzionale, poiché il giudice italiano è vincolato ai principi del diritto internazionale come la nostra Corte Costituzionale riconosce, sicché non si potrebbe mai applicarli oltre quel limite<sup>9</sup>.

cazione della Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007 (ratificata dall'UE con decisione del Consiglio del 27 novembre 2008 ed entrata in vigore nei rapporti con la Confederazione elvetica il 1° gennaio 2011), sono quelle esistenti al momento della proposizione domanda, come previsto dall'art. 5 c.p.c., e non quelle ravvisabili al tempo della conclusione del contratto per cui è causa. Pertanto, ai sensi degli artt. 15, paragrafo 1, e 16, paragrafo 1, della Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007 (ratificata dall'UE con decisione del Consiglio del 27 novembre 2008 ed entrata in vigore nei rapporti con la Confederazione elvetica il 1° gennaio 2011), sussiste la giurisdizione del giudice italiano sulla domanda risarcitoria per responsabilità contrattuale formulata dal consumatore nei confronti di un istituto di credito di diritto svizzero, che abbia svolto o svolga o abbia diretto o diriga in Italia, anche per il tramite di mandatari o di società strettamente collegate, attività professionali cui sia riconducibile il contratto per cui è causa.

<sup>8</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, in *Foro it.*, 2015, I, 1152, relativa ad una controversia civile per risarcimento di danni arrecati da uno Stato estero per atti qualificabili *delicta imperii*. La sentenza ha dato luogo ad una letteratura che è riduttivo definire sterminata e non si può, senza commettere odiose semplificazioni, in questa sede indicare anche soltanto uno dei numerosissimi commenti, in Italia e all'estero, a tale pronuncia: unico caso nel panorama internazionale di ripudio espresso, sia pure limitato ad una singolarissima fattispecie, dell'adesione alle Nazioni Unite in nome di principi superiori e cogenti riconosciuti almeno dall'ordinamento di un singolo Stato membro.

<sup>9</sup> Tra le ultime sentenze che si richiamano espressamente alla sentenza n. 238 del 2014 della Consulta ricordata alla norma precedente, v. Corte di Cassazione, sentenza del 3 settembre 2019, n. 21995 (ove si sottolinea che i giudici italiani, sia quelli investiti del giudizio di cognizione che quelli incaricati dell'esecuzione dei titoli giudiziali legittimamente formati in base alle regole di rito, hanno il dovere istituzionale, in ineludibile ossequio all'assetto normativo determinato dalla senten-

#### 4. *I protocolli di intesa tra le Corti supreme e l'esperienza italiana*

A livello di iniziative spontanee tra le Corti supreme, va dapprima segnalata, in ambito europeo, l'intensa attività di interrelazione avviata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e poi seguita anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

In attesa dell'ampia condivisione formale del Protocollo n. 16 aggiunto alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, esiste ed opera già da tempo la Rete tra le Corti Superiori (*Réseau des cours supérieures, Superior Courts Network*), istituita il 05 ottobre 2015, che ad oggi collega decine e decine (settantuno, all'inizio del 2019) di Corti di trentacinque Stati, il cui tessuto connettivo sono i protocolli tra la Corte europea e le Corti supreme nazionali: strumenti straordinari, quando ad ognuno corrispondono un concreto contenuto ed una costruttiva e fattiva volontà di elaborazione di schemi e forme di cooperazione, lungo le due direttrici della formazione e dell'informazione.

Il rapporto 2017 sull'attività della Rete ha messo in evidenza le sue principali attività: informazioni sulla giurisprudenza messe in comune dalla Corte europea; domande formali di relazioni da parte dei membri della Rete; contribuzioni di questi alle ricerche di diritto comparato; diffusione delle informazioni messe in comune; formazione anche in linea sugli strumenti di ricerca; visite di studio.

L'esperienza della Rete attraverso i Protocolli si è dimostrata, quanto a quello tra Corte europea e Cassazione italiana, uno strumento biunivoco ed effettivo, informale – e perciò rapido – e proficuo, animato dall'impegno di persone motivate, versate e costantemente disponibili.

La Cassazione italiana ha, in data 11 dicembre 2015 e cioè tra le primissime, firmato il Protocollo d'intesa con la Corte europea, significativamente intitolato al "Progetto per il Dialogo" tra le due Corti e volto ad iniziative di formazione ed informazione comuni.

za n. 238 del 2014 della Consulta, di negare ogni esenzione da quella giurisdizione sulla responsabilità altrove riconosciuta che fosse invocata davanti a loro, tanto nella sede propria del giudizio di cognizione o di delibazione della sentenza straniera, quanto nella sede – per quanto, come detto, scorretta od impropria, quivi non rilevando quella questione, né riverberandosene alcun effetto – dell'esecuzione forzata fondata su questa).

La nostra Corte di Cassazione si è subito dotata di un gruppo di referenti per l'attuazione del protocollo, con un referente per ogni sezione civile e penale ed un magistrato quale punto di contatto con la Corte europea, coordinati da un consigliere particolarmente esperto nella materia; un gruppo che ha coinvolto, sollecitandone la cooperazione, tutti i presidenti di sezione ed i singoli consiglieri.

Sono seguiti diversi incontri, il primo dei quali di una delegazione della Corte di Cassazione italiana a Strasburgo alla fine di maggio 2016, su tematiche specifiche, previamente individuate come di maggiore criticità. La conoscenza *de visu* delle rispettive realtà operative, con un franco personale confronto sulle questioni sul tappeto, ha aiutato a disvelare le ragioni della viscosità nel dialogo formale; se ha influito sulla giurisprudenza – non solo penale – della Corte di Cassazione, pure la Corte europea è parsa giovare di una consapevolezza della realtà nazionale maggiore rispetto a quella acquisita sui soli formali, pur già del tutto funzionali, contatti istituzionali.

Quanto all'attività di informazione reciproca, oltre a numerose relazioni su richiesta della Corte europea, incessante è stata a Roma la segnalazione delle pronunce delle due Corti di maggiore interesse per la tutela dei diritti fondamentali: opera culminata nell'istituzionalizzazione di un bollettino semestrale dedicato alle segnalazioni del gruppo dei referenti, predisposto con meritoria cura dall'Ufficio relazioni internazionali della Corte, che sostiene le attività del gruppo.

Ma una diffusione sempre più capillare della cultura della centralità dei diritti fondamentali protetti dalla Convenzione a livello di ogni singolo giudice, a ciascuno di loro essendone demandato in via primaria il compito, potrebbe realizzarsi, a beneficio di tutti gli utenti della Giustizia, profittando delle banche dati istituzionali. Allo scopo potrebbero coinvolgersi sia la Scuola Superiore della Magistratura con iniziative formative specifiche pure decentrate, sia il Consiglio Superiore della Magistratura, ove volesse considerare di adottare linee guida al riguardo, ad incentivare la circolazione e la considerazione della giurisprudenza – non solo sovranazionale – sul tema dei diritti fondamentali, già solo con gli strumenti ordinamentali (come le riunioni di sezione *ex art. 47-quater* r.d. 12/1941).

La conoscibilità della giurisprudenza della Corte europea va potenziata, sia con attività formative specifiche (sul sistema di ricerca

HUDOC la Corte europea e la Corte di Cassazione hanno programmato due incontri a Roma), sia col confronto diretto con giuristi e giudici della Corte europea sul loro approccio alle questioni, per comprendere il loro angolo visuale nel rilievo delle principali criticità sostanziali e processuali, presupposti delle condanne degli Stati. A questo fine, ulteriori iniziative col coinvolgimento dei giudici delle due Corti (ad esempio, di quelli della Corte europea investiti abitualmente di questioni coinvolgenti l'Italia), con scambi o visite di studio bilaterali, sarebbero preziose.

Il vero punto di forza è stato finora lo scambio preventivo di informazioni in vista del successivo momento decisionale, che ha dato ottima prova di sé, tanto da affiorare di quando in quando anche nella motivazione delle sentenze della Corte di Cassazione (come per quella sul diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini): sia le risposte dirette della Corte europea, sia le ricerche di diritto comparato sulle principali questioni sono certo di estremo interesse per elaborare le decisioni e conoscere il contenuto che al singolo diritto fondamentale attribuisce quella Corte, sovente come sintesi delle sensibilità nazionali.

E, per incoraggiare il ricorso alla richiesta di approfondimenti teorici alla Corte europea prima della decisione, non mancherebbero gli strumenti procedurali concreti: come, per la Corte di Cassazione, quello dell'ordinanza interlocutoria, adottato già per investire l'Ufficio del Massimario – che ha fornito un pregevole contributo sulle richieste passive di informazioni – di relazioni tematiche specifiche.

Se questo è finora avvenuto su temi di volta in volta e discrezionalmente individuati da ognuna delle Corti coinvolte, si potrebbe pensare ora alla istituzionalizzazione di una concertazione da parte della Rete, parallelamente al progressivo processo di ratifica del Protocollo n. 16 e quindi anche per gli Stati che ancora non vi aderiscono: una gestione consapevole e condivisa del carico di lavoro, apertamente orientata ad una tutela più efficace dei diritti fondamentali.

Può essere importante, riprendendo la recente esperienza di una delle sezioni della Corte di Cassazione, una programmazione degli oggetti delle udienze, gestita dalla Rete delle Corti: con l'individuazione, nella massa casuale ed amorfa dei ricorsi pendenti ed organizzandole per sessioni, delle questioni da affrontare dalle Corti aderenti, in quanto reputate bisognose di più immediato intervento.

A tale individuazione seguirebbe la calendarizzazione coordinata tra la Corte EDU e le Corti della Rete, che consenta a queste di avvalersi delle indicazioni così offerte dalla prima e viceversa: se pubblicizzata adeguatamente, idonea a sollecitare a tutti gli operatori del diritto il loro previo contributo coi consueti strumenti di dibattito, analisi e studio.

Questa programmazione sarebbe poi rimessa al recepimento, con successivo provvedimento, da parte di ciascuna delle Corti in ossequio alla loro autonomia, se del caso con l'elaborazione di un "progetto diritti fondamentali", in cui coinvolgere presidenti di sezione e consiglieri specializzati nelle tematiche di approfondimento della giurisprudenza della Corte EDU.

In conclusione, un dialogo proficuo se animato da una fattiva e concreta volontà di cooperazione, funzionale allo scopo, che a tutte le Corti aderenti sta a cuore, della più piena tutela dei diritti fondamentali consacrati nella Convenzione: tutela centrale per una società democratica, come disegnata dagli Stati firmatari al tempo in cui il ricordo delle barbarie culminate nell'ultima guerra mondiale era tanto vivo da esigere la Convenzione quale polizza di assicurazione atta a scongiurarne il ritorno.



*Abstract*LO STATO DELL'ARTE DELLE CONTROVERSIE  
TRANSFRONTALIERE NELLO SPAZIO EUROPEO

L'articolo offre il punto di vista del civilista sull'importanza della legislazione europea in materia civile e di procedura civile – verso il superamento della necessità dell'*exequatur* per il reciproco affidamento nelle autorità giurisdizionali – oggetto di progetti di studio di una squadra di Università europee; analizza, poi, la giurisprudenza nazionale in tema di giurisdizione italiana secondo il Regolamento Bruxelles I-*bis* e, infine, alcune modalità operative di cooperazione tra Corti europee e Corte di Cassazione.

THE STATE OF THE ART OF CROSS-BORDER  
DISPUTES IN THE EU AREA

The article provides the civil jurist's point of view about the importance of European legislation in civil and civil procedure matters – towards overcoming the need for *exequatur* in favor of mutual reliance between national Courts – which is the subject of study projects by a team of European Universities; then, it analyzes the state of the domestic case law on Italian jurisdiction according to Regulation Brussels I-*bis* and, finally, some operational modalities of cooperation between the European Courts and the Court of Cassation.

### **III SEZIONE**

## **SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA E COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE**



## QUESTIONI PROBLEMATICHE IN TEMA DI PROCURA EUROPEA

*Luigi Kalb\**

SOMMARIO: 1. La scelta di politica europea per la tutela degli interessi finanziari: dal «Libro verde» all'Eppo. – 2. Le caratteristiche del nuovo ufficio. – 3. I confini della sua legittimazione. – 4. La struttura dell'ufficio: il duplice livello. – 5. L'ambito operativo: a) l'attivazione delle indagini. – 6. Segue: b) lo svolgimento dell'attività investigativa e le determinazioni finali. – 7. Le direttive della legge-delega n. 117/2019: a) per la designazione alle nuove funzioni giudiziarie presso l'Eppo. – 8. Segue: b) per l'adeguamento della normativa nazionale – 9. Alcune riflessioni finali sull'avocazione e sull'archiviazione.

### 1. *La scelta di politica europea per la tutela degli interessi finanziari: dal «Libro verde» all'Eppo*

Lo scorso 12 ottobre 2017 il Consiglio dell'Unione europea ha approvato il regolamento 2017/1939/UE – relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO») – in attuazione dell'art. 86 TFUE, secondo cui «per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da *Eurojust*».

L'emanazione del regolamento 2017/1939/UE segna la conclusione di un *iter* lungo e complesso in materia di strumenti idonei ad assicurare un'efficace cooperazione giudiziaria tra i *partners* dell'Unione europea<sup>1</sup>.

\* Professore ordinario di Diritto Processuale Penale – Università degli Studi di Salerno.

<sup>1</sup> Sul tortuoso cammino che ha condotto alla istituzione della Procura europea v., tra gli altri, in dottrina, T. ALESCI, *La Procura europea per i reati lesivi degli interessi finanziari: la proposta di regolamento tra luci ed ombre*, in *Archivio penale*, 2014, pp. 149 ss.; S. ALLEGREZZA, *Pubblico ministero europeo e azione penale: stato dell'arte e prospettive di sviluppo*, in M.G. COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino, 2005, p. 217; M.G. COPPETTA, *Statuto e poteri del Pubblico ministero europeo*, in AA. VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale euro-*

L'iniziativa ha preso l'avvio con la presentazione da parte della Commissione del «Libro verde sulla tutela degli interessi finanziari

*pea* – Atti del XXVIII Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano, 2015, pp. 321 ss.; C. AMALFITANO, *La competenza penale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in L. CAMALDO (a cura di), *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 24; M. BARGIS, *Le disposizioni processuali del Corpus Juris 2000*, in M. BARGIS, S. NOSENGO (a cura di), *Corpus Juris, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, Milano, 2003, p. 171; ID., *Il pubblico ministero europeo nella prospettiva di un ordinamento europeo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 745; G. BARROCU, *L'ufficio del pubblico ministero europeo (EPPO): una nuova realtà*; in *Quotidiano giuridico*, 5 dicembre 2017; L. CAMALDO, *Il pubblico ministero europeo dal Corpus Juris al Trattato di Lisbona: un fantasma si aggira nell'Unione europea*, in P. CORSO, E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Piacenza, 2010, pp. 69-94; A. CANDI, *Struttura, compiti, indipendenza e responsabilità del Pubblico ministero europeo nella Proposta della Commissione europea del 17 luglio 2013*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; R.E. KOSTORIS, *Le investigazioni del pubblico ministero europeo*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, p. 389; ID., *Processo penale e paradigmi europei*, Milano, 2018, pp. 63 ss.; K. LIGETI, M. SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office; Towards a Truly European Prosecution Service?* in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, p. 21; L. LUPÀRIA DONATI, *Diritto alla privacy*, in AA.VV., *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale – Atti del XXXII Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale*, Milano, 2019, pp. 110 ss.; V. MONETTI, *Riflessioni sulla compatibilità con la Costituzione italiana delle norme che regoleranno l'azione del Procuratore europeo*, in V. BAZZOCCHI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'Olaf all'istituzione del Procuratore europeo*, Roma, 2014, p. 217; P. MOSCARINI, *Eurojust e il pubblico ministero europeo: dal coordinamento investigativo alle indagini coordinate*, in *Diritto penale e processo*, 2011, p. 638; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano, 2002; L. PALMIERI, *La riforma di Eurojust e i nuovi scenari in materia di cooperazione giudiziaria*, Milano, 2019, pp. 79-93; L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in *DPC*, 2013; R. ORLANDI, *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura del pubblico ministero europeo*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 2007, p. 551; T. RAFARACI, *Il controllo giurisdizionale delle attività del Pubblico ministero europeo e l'innesto delle indagini nel procedimento nazionale*, in AA. VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, cit., pp. 339 ss.; S. RECCHIONE, *European Prosecutor Office. Anche gli entusiasti diventano scettici?*, in *DPC*, 2014; S. RUGGERI, *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova Procura europea*,

e comunitari e sulla creazione di una Procura europea»<sup>2</sup>, che, a sua volta, ha fatto seguito ad uno studio pluriennale svolto, su richiesta del Parlamento europeo e della Commissione, da gruppi di esperti di diritto penale di tutti gli Stati membri sul tema della tutela degli interessi finanziari della Comunità.

In occasione della conferenza intergovernativa di Nizza sulle riforme istituzionali<sup>3</sup>, per contrastare il fenomeno delle frodi ai danni delle finanze europee, la Commissione ha proposto di ovviare al frazionamento dello spazio penale sul territorio dell'Unione creando una Procura europea.

Il contributo sottoposto dalla Commissione alla Conferenza intergovernativa mirava a una revisione del trattato CE per introdurre una base giuridica che consentisse di creare questa nuova struttura operativa, ma l'opposizione manifestata dai capi di Stato e di governo riuniti a Nizza ha bloccato l'iniziativa.

In attuazione del suo piano d'azione 2001-2003, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, la Commissione si è però impegnata ad adottare un libro verde per proseguire la propria riflessione sul punto, ampliando il relativo dibattito.

La consapevolezza dell'entità complessiva delle frodi e dei suoi potenziali livelli nel futuro ha indotto ad ipotizzare soluzioni per con-

in *Procedura penale e giustizia*, 2018, pp. 602 ss.; L. SALAZAR, *Habemus Eppo! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, pp. 1 ss.; A. SCARCELLA, *In arrivo il Procuratore Europeo: a lui le indagini sui reati finanziari che attentano al bilancio UE*, in *Quotidiano giuridico*, 2013; R. SICURELLA, *Spazio europeo e giustizia penale: l'istituzione della Procura europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, pp. 845; F. SPIEZIA, *Gli scenari per l'istituzione del Procuratore europeo alla luce del Trattato di Lisbona e i rapporti con Eurojust*, in L. CAMALDO (a cura di), *L'istituzione del Procuratore*, cit., p. 127; ID., *L'istituzione del procuratore europeo nella Proposta di regolamento della Commissione europea del 17 luglio 2013: quali nuovi assetti per lo Spazio di libertà sicurezza e giustizia ?*, in *Cassazione penale*, 2014, p. 1848; P. TONINI, *Il pubblico ministero europeo nel Corpus Juris sulla repressione delle frodi comunitarie*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 4.

<sup>2</sup> Cfr. COM(2001) 0715 def., presentato dalla Commissione: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0715>.

<sup>3</sup> Comunicazione della Commissione, Contributo complementare della Commissione alla Conferenza intergovernativa sulle riforme istituzionali, *La tutela penale degli interessi finanziari comunitari: un procuratore europeo*, del 29 settembre 2000, COM(2000) 608 def.

seguire un'efficace repressione. Tra l'altro, l'obiettivo si è posto come indifferibile atteso il coinvolgimento della criminalità organizzata, comprovato in numerosi casi venuti da anni a conoscenza dei servizi della Commissione, in particolar modo dell'Unità di coordinamento e di lotta contro le frodi (UCLAF), creata nel 1988 e diventata undici anni dopo Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), che nei suoi compiti di indagine amministrativa opera in tutta indipendenza.

La presa d'atto dell'evoluzione del fenomeno con il coinvolgimento della criminalità organizzata e l'inadeguatezza degli strumenti di cooperazione giudiziaria hanno costituito l'oggetto specifico dell'approfondimento. Le forme di cooperazione penale internazionale esistenti all'epoca sembravano offrire una risposta insufficiente alla questione specifica dell'azione penale per il pregiudizio arrecato agli interessi finanziari comunitari.

In altre parole, si era giunti alla conclusione che l'espandersi della criminalità organizzata rendeva obsoleti gli strumenti classici della mutua assistenza giudiziaria, né risultavano sufficienti i progressi segnati in fatto di cooperazione giudiziaria. Queste lacune provocavano ritardi, ricorsi dilatori o addirittura impunità, a danno della ricostituzione dei circuiti finanziari a valle delle frodi.

Il forte interesse per tutela degli interessi finanziari dell'Unione contro i reati che ogni anno cagionavano gravi danni e la constatazione circa l'insufficienza dell'intervento assicurato dalle autorità giudiziarie penali nazionali, che non sempre svolgevano indagini ed esercitavano l'azione penale in merito a questi reati, hanno costituito la base di fondo dell'iniziativa promossa con il regolamento 2017/1939/UE.

Per realizzare un'adeguata tutela degli interessi finanziari dell'Unione, superando le oggettive difficoltà manifestate dalle frammentate iniziative delle autorità nazionali, il 17 luglio 2013 la Commissione ha adottato una proposta di regolamento del Consiglio per l'istituzione dell'Eppo (*European public prosecutor office*).

Registratasi la mancanza di unanimità sul progetto di regolamento nella sessione del 7 febbraio 2017, ai sensi dell'art. 86, par. 1, secondo comma, TFUE, un gruppo di diciassette Stati membri ha chiesto, con lettera del 14 febbraio 2017, di investire il Consiglio europeo del progetto di regolamento.

Successivamente, stante la mancanza di accordo, il 3 aprile 2017

un complesso di Stati<sup>4</sup> ha notificato al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione la proposta di instaurare una cooperazione rafforzata sull'istituzione dell'Eppo. Ai sensi dell'art. 86, par. 1, terzo comma, TFUE, l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'art. 20, par. 2, del Trattato sull'Unione europea (TUE) e all'art. 329, par. 1, TUE è stata considerata concessa e si sono applicate le disposizioni sulla cooperazione rafforzata<sup>5</sup>.

In seguito, con lettere rispettivamente del 19 aprile 2017, del 9, 10 e 22 giugno 2017, la Lettonia, l'Estonia, l'Austria e l'Italia hanno indicato la propria intenzione di partecipare all'instaurazione della cooperazione rafforzata.

Di conseguenza il regolamento è diventato obbligatorio in tutti i suoi elementi, nonché direttamente applicabile, soltanto negli Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata sull'istituzione dell'Eppo, o in virtù di una decisione adottata conformemente all'art. 331, par. 1, secondo o terzo comma, TFUE.

Il ricorso allo strumento della cooperazione rafforzata ha rappresentato la soluzione obbligata anche perché la stessa possibilità – prevista dall'art. 86, par. 1, TFUE – attribuita al Consiglio di istituire «una Procura europea a partire da *Eurojust*» al fine di «combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione» deliberando «mediante regolamenti, secondo una procedura legislativa speciale» è risultata, di fatto, impraticabile, a causa delle resistenze e delle ostilità emerse durante i negoziati.

## 2. *Le caratteristiche del nuovo ufficio*

Con l'istituzione dell'Eppo attraverso il regolamento 2017/1939/UE l'Unione europea, in ottemperanza al principio di sussidiarietà, ha individuato lo strumento ritenuto più idoneo per l'accertamento

<sup>4</sup> Il Belgio, la Bulgaria, Cipro, la Croazia, la Finlandia, la Francia, la Germania, la Grecia, la Lituania, il Lussemburgo, il Portogallo, la Repubblica ceca, la Romania, la Slovacchia, la Slovenia e la Spagna.

<sup>5</sup> Successivamente, con lettere rispettivamente del 19 aprile 2017, del 10 giugno 2017, del 9 giugno 2017 e del 22 giugno 2017 la Lettonia, l'Estonia, l'Austria e l'Italia hanno indicato la propria intenzione di partecipare all'instaurazione della cooperazione rafforzata.



dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, nel tentativo di superare le criticità più volte enunciate in ordine all'efficacia dell'iniziativa penale, riferibile proprio all'esclusivo intervento delle autorità dei singoli Stati membri e alla conseguente disorganicità dell'azione penale.

In conformità del TFUE, la scelta operata nel citato regolamento attribuisce a tale nuovo ufficio giudiziario europeo la legittimazione a svolgere indagini e, all'esito, a determinarsi in ordine alle relative iniziative per quanto concerne i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. I compiti dell'Eppo dovrebbero pertanto essere quelli di individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui alla direttiva 2017/1371/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e di quelli che sono indissolubilmente connessi a tali reati (*considerando* 11).

Sotto questo profilo, già in sede di presentazione dell'ufficio, si sono evidenziati due profili, connotanti funzionalmente l'aspetto operativo, sui quali occorre soffermarsi.

In primo luogo, il conseguimento dell'obiettivo impone il rispetto del principio di leale cooperazione, in modo che tanto l'Eppo, quanto le autorità nazionali competenti attuino modalità per «sostenersi e informarsi reciprocamente al fine di combattere efficacemente i reati di competenza dell'Eppo» (*considerando* 14).

Altresì, in ragione della finalità riconducibile all'istituzione dell'ufficio europeo e al correlato esercizio di poteri di indagine e di esercizio dell'azione penale, «occorre che siano disposte garanzie istituzionali per garantirne l'indipendenza e sancirne l'obbligo di rendere conto nei confronti delle istituzioni dell'Unione» (*considerando* 16).

Il regolamento si preoccupa di inquadrare e di collocare l'istituendo ufficio nel più ampio spazio giudiziario europeo, quale organo dell'Unione dotato di indipendenza.

Sotto questo profilo, «il rigido obbligo di rendere conto fa da contrappeso all'indipendenza e ai poteri che il presente regolamento conferisce all'Eppo» (*considerando* 18).

L'Eppo, pertanto, «dovrebbe agire nell'interesse dell'Unione nel suo complesso e non dovrebbe sollecitare né accettare istruzioni da persone esterne» allo stesso ufficio (*considerando* 17). L'indipenden-

za dell'Eppo comporta l'esclusione di interferenze interne all'Unione ovvero da parte di «Stati membri dell'Unione europea, istituzioni, organi, uffici o agenzie dell'Unione», che devono rispettare «l'indipendenza dell'Eppo e non cercano di influenzarla nell'assolvimento dei suoi compiti» (art. 6, comma 1, del regolamento).

È altresì previsto però che il procuratore capo europeo, quale responsabile istituzionale, abbia l'obbligo di rendere conto dell'esercizio delle sue funzioni, rispondendo altresì delle relative attività, dinanzi al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione, che potrebbero adire la Corte di giustizia dell'Unione europea per ottenerne la revoca dall'incarico. A tal fine «risponde al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione europea delle sue attività generali e presenta relazioni annuali» (art. 6, comma 2, del regolamento)<sup>6</sup>.

Non c'è dubbio che il tema dell'indipendenza, così come disciplinato, susciti una particolare attenzione, ponendo l'interprete in una condizione di dubbio che genera ulteriori riflessioni. Sembra però evidente che l'indipendenza cui fa riferimento il regolamento istitutivo dell'Eppo è ben diversa dall'indipendenza consacrata nella nostra Carta costituzionale a favore della magistratura<sup>7</sup>.

### 3. *I confini della sua legittimazione*

Il regolamento 2017/1939/UE detta una serie di previsioni per disciplinare l'ambito di «legittimazione» dell'ufficio inquirente europeo<sup>8</sup>. Sebbene il testo faccia espressamente riferimento alla «competenza», occorre piuttosto evitare termini che riconducano inequivo-

<sup>6</sup> Ai sensi dell'art. 7, par. 2, del regolamento «una volta l'anno il procuratore capo europeo compare dinanzi al Parlamento europeo e al Consiglio, nonché dinanzi ai parlamenti nazionali degli Stati membri su richiesta degli stessi, per rendere conto delle attività generali dell'Eppo, fatto salvo l'obbligo del segreto e della riservatezza che incombe all'Eppo per quanto riguarda i singoli casi e i dati personali».

<sup>7</sup> Si allude all'indipendenza esterna ed interna.

<sup>8</sup> Cfr., sul punto, diffusamente L. PALMIERI, *La riforma di Eurojust e i nuovi scenari in materia di cooperazione giudiziaria*, cit., pp. 88 ss.

cabilmente ad organi cui sono attribuite funzioni giurisdizionali, che certo non appartengono all'Eppo<sup>9</sup>.

L'art. 22 del regolamento circoscrive i confini della legittimazione esclusiva assegnata al nuovo ufficio giudiziario rinviando, *per relationem*, ai reati elencati nella direttiva 2017/1371/UE (c.d. direttiva PIF), vale a dire alle frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione<sup>10</sup>, quale attuata dal diritto nazionale, indipendentemente dall'eventualità che la stessa condotta criminosa possa essere qualificata come un altro tipo di reato ai sensi del diritto nazionale<sup>11</sup>.

In realtà l'individuazione dell'ambito di operatività della Procura europea deriva da un articolato quadro normativo, in applicazione del quale si registra l'alternativa tra l'intervento dell'ufficio europeo e quello nazionale.

È altresì previsto, infatti, che in relazione ai reati di cui all'art. 3, par. 2, lettera d), della direttiva 2017/1371/UE, quale attuata dalla legislazione nazionale, la Procura europea è legittimata «soltanto qualora le azioni od omissioni di carattere intenzionale definite in detta disposizione siano connesse al territorio di due o più Stati membri e comportino un danno complessivo pari ad almeno 10 milioni di euro».

Inoltre, se il reato abbia comportato o possa comportare un danno per gli interessi finanziari dell'Unione inferiore a 10.000 euro, la

<sup>9</sup> Pur essendo evidente l'utilizzo del termine «competenza» in modo convenzionale, quale sinonimo di «attribuzione», sembra irrinunciabile l'esigenza del rispetto di un rigore terminologico che eviti confusioni soprattutto in sede di adeguamento del nostro ordinamento alla fonte sovranazionale. Se la competenza è «la sfera di giurisdizione che la legge assegna ad ogni singolo giudice in ragione della necessità di predeterminare, in relazione ad ogni fatto penalmente rilevante, l'organo che è, in concreto, legittimato a prenderne cognizione» (così A.A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, 2018, p. 84) ovvero se la «competenza» riconduce esclusivamente al «giudice» occorre evitare di fare ad essa riferimento quando si tratti di attività che non integrano esercizio di funzioni giurisdizionali.

<sup>10</sup> Tale direttiva ha definito analiticamente le condotte rientranti nella definizione di frode determinante lesione degli interessi finanziari dell'Unione europea e, in particolare, in materia di appalti e di risorse diverse da quelle provenienti dall'Iva.

<sup>11</sup> All'Eppo sono attribuiti anche i reati relativi alla partecipazione a un'organizzazione criminale definiti nella decisione quadro 2008/841/GAI, del Consiglio, *relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*, del 24 ottobre 2008, in GUUE L 300/42 dell'11 novembre 2008, quale attuata dal diritto nazionale, se l'attività criminosa di tale organizzazione criminale è incentrata sulla commissione di uno dei reati elencati nella direttiva PIF.

legittimazione è ulteriormente limitata soltanto alle ipotesi in cui «il caso ha ripercussioni a livello dell'Unione che richiedono lo svolgimento di un'indagine da parte dell'Eppo oppure possono essere sospettati di aver commesso il reato funzionari o altri agenti dell'Unione, ovvero membri delle istituzioni dell'Unione»<sup>12</sup>.

Comunque la Procura europea si astiene «in relazione a qualsiasi reato rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 22 e, previa consultazione con le autorità nazionali competenti, rinvia senza indebito ritardo il caso a queste ultime» nelle ipotesi in cui «la sanzione massima prevista dal diritto nazionale per un reato rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 22, par. 1, è equivalente o meno severa della sanzione massima per il reato indissolubilmente connesso di cui all'art. 22, par. 3, a meno che quest'ultimo reato non sia stato strumentale alla commissione del reato rientrante nel campo di applicazione dell'art. 22, par. 1» oppure quando «vi è motivo di presumere che il danno reale o potenziale per gli interessi finanziari dell'Unione causato da un reato di cui all'art. 22 non sia superiore al danno reale o potenziale arrecato a un'altra vittima»<sup>13</sup>.

In quest'ultimo caso, però, rivive la legittimazione della Procura europea, previo consenso delle autorità nazionali competenti, «qualora appaia che l'Eppo sia in una posizione migliore per svolgere indagini o esercitare l'azione penale»<sup>14</sup>.

Una lettura coordinata della normativa sovranazionale consente di formulare, sul punto, alcune importanti riflessioni.

È da escludersi, innanzitutto, la possibilità di una parallela iniziativa investigativa, atteso che la decisione della Procura europea di esercitare la propria legittimazione determina una preclusione in capo alle autorità nazionali competenti, che non possono attivarsi in relazione alla stessa condotta criminosa (art. 25, par. 1, del regolamento)<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. l'art. 25, par. 2, del regolamento.

<sup>13</sup> Cfr. ancora l'art. 25, par. 3, del regolamento, ove si specifica che il secondo motivo «non si applica ai reati di cui all'art. 3, par. 2, lettere a), b) e d), della direttiva 2017/1371/UE quale attuata dal diritto nazionale».

<sup>14</sup> Ulteriore deroga prevista l'art. 25, par. 4, del regolamento.

<sup>15</sup> Al tal fine l'Eppo informa senza indebito ritardo le autorità nazionali competenti di qualsiasi decisione di avviare un'indagine (art. 26, par. 7, del regolamento).

Così come è altrettanto evidente che l'individuazione dell'organo legittimato faccia seguito all'instaurazione di rapporti tra l'ufficio europeo e le autorità nazionali mediante consultazioni, accordi e consensi.

In caso di disaccordo – ovvero di «contrasto» secondo il nostro ordinamento nazionale<sup>16</sup> – tra la Procura europea e quella nazionale «sulla questione se la condotta criminosa rientri nel campo di applicazione dell'art. 22, par. 2 o 3, o dell'art. 25, par. 2 o 3, le autorità nazionali competenti a decidere sull'attribuzione delle competenze per l'esercizio dell'azione penale a livello nazionale decidono chi è competente per indagare il caso». In tal caso, spetta agli Stati membri specificare l'autorità nazionale che decide sull'attribuzione della legittimazione (art. 25, par. 6, del regolamento).

Il tema della ricerca dello spazio attribuito alla legittimazione della Procura europea è però arricchito da ulteriori previsioni.

Innanzitutto, si registra una estensione della legittimazione rispetto a «qualsiasi altro reato indissolubilmente connesso a una condotta criminosa rientrante nell'ambito di applicazione del par. 1», seppur «solo in conformità dell'art. 25, par. 3».

Ai fini della individuazione del vincolo connettivo idoneo ad ampliare la legittimazione dell'ufficio rileva quanto si evince nel *considerando* 56, ove si precisa che l'altro reato indissolubilmente connesso deve essere «ritenuto di carattere accessorio poiché meramente strumentale al reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione, in particolare qualora tale altro reato sia stato commesso principalmente al fine di creare le condizioni per commettere il reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione, come un reato strettamente finalizzato a procurarsi i mezzi materiali o giuridici per commettere il reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione o per assicurarsi il relativo profitto o prodotto».

Un'ulteriore, prevedibile estensione ad altri reati, connotati da una matrice transnazionale, riguarda quelli di terrorismo internazionale, ovvero a quelle «forme gravi di criminalità che hanno una

<sup>16</sup> Come già sottolineato *sub* nota 9, sarebbe del tutto errato in questo caso parlare di «conflitto di competenza», trattandosi di disaccordo sulla legittimazione, intercorrente tra due organi che non esercitano funzioni giurisdizionali.

dimensione transfrontaliera» per le quali è richiesta la decisione unanime del Consiglio europeo (*considerando* 11 e art. 86, par. 4, TFUE).

Per quanto concerne, poi, l'indagine *ratione loci*, l'Eppo risulta legittimato se i reati «sono stati commessi in tutto o in parte nel territorio di uno o più Stati membri»<sup>17</sup> oppure quando «sono stati commessi da un cittadino di uno Stato membro, a condizione che uno Stato membro sia competente per tali reati quando sono commessi al di fuori del suo territorio» (art. 23 del regolamento).

L'analisi dell'attuale quadro normativo offre all'interprete un'altra possibile alternativa, oltre quella esaminata tra l'intervento dell'ufficio europeo e quello nazionale.

Il coordinamento con l'altra fonte sovranazionale riguardante l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale<sup>18</sup> evidenzia una ulteriore, possibile frammentazione della legittimazione in questione.

Ai sensi dell'art. 3 del regolamento 2018/1727/UE, dalla data in cui la Procura europea assumerà i suoi compiti di indagine e azione penale a norma dell'art. 120, par. 2, del regolamento 2017/1939/UE, *Eurojust* non eserciterà le proprie funzioni «per quanto riguarda le forme di criminalità per le quali Eppo esercita le sue competenze, tranne nei casi in cui sono coinvolti anche Stati membri che non partecipano alla cooperazione rafforzata sull'istituzione di Eppo e su richiesta di quegli stessi Stati membri o su richiesta di Eppo».

Inoltre, *Eurojust* conserva la sua legittimazione in materia di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione «nei casi che vedono coinvolti gli Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata sull'istituzione di Eppo ma per i quali Eppo non è competente o decide di non esercitare la sua competenza».

In merito a tale ripartizione sembra corretto sollevare dubbi sulla coerenza della scelta operata, attese le differenze intercorrenti tra i

<sup>17</sup> In tal caso ci si riferisce al territorio degli Stati che hanno aderito al Regolamento: cfr. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Milano, 2017, p.143.

<sup>18</sup> Cfr. regolamento 2018/1727/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio*, del 14 novembre 2018, in GUUE L 295/138 del 21 novembre 2018.

due organismi, tanto sul piano operativo, quanto su quello ordinamentale. Non c'è dubbio, infatti, che a *Eurojust* sono attribuiti compiti di coordinamento e di sostegno per l'operatività degli strumenti di cooperazione giudiziaria, mentre l'Eppo è ufficio che, nel suo complesso, si occupa di attività investigativa e di successiva funzione requirente<sup>19</sup>.

La diversità che connota le due istituzioni giustifica, piuttosto, l'instaurazione di relazioni reciproche attraverso lo scambio e il coordinamento di informazioni anche con le autorità giudiziarie dei Paesi membri.

Non a caso, si auspica un rapporto di *partnership* e di coordinamento sul fronte operativo in conformità dei rispettivi mandati. Tale cooperazione «può riguardare qualsiasi indagine condotta dall'Eppo in cui si consideri necessario od opportuno uno scambio di informazioni o un coordinamento delle misure investigative con riferimento a casi che rientrano nella competenza di *Eurojust*. Ogniqualevolta chieda tale cooperazione a *Eurojust*, l'Eppo dovrebbe operare in collegamento con il membro nazionale di *Eurojust* dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso. La cooperazione operativa può riguardare anche Paesi terzi che abbiano concluso un accordo di cooperazione con *Eurojust*» (*considerando* 102).

Il regolamento 2017/1939/UE (art. 100) ha recepito tale indicazione, prevedendo che la Procura europea «instaura e mantiene relazioni strette con *Eurojust*, basate su una cooperazione reciproca nell'ambito dei rispettivi mandati e sullo sviluppo di reciproci legami operativi, amministrativi e di gestione».

La cooperazione fa sì che il nuovo ufficio europeo «può associare *Eurojust* alle proprie attività nei casi transfrontalieri» anche attraverso la condivisione di informazioni, compresi dati personali, riguardanti le sue indagini», nonché «invitando *Eurojust*, o il o i relativi membri nazionali competenti, a prestare sostegno alla trasmissione ed esecuzione delle sue decisioni o richieste di assistenza giudiziaria negli Stati

<sup>19</sup> In particolare, a questo proposito, v. L. PALMIERI, *La riforma di Eurojust e i nuovi scenari in materia di cooperazione giudiziaria*, cit., p. 92; F. SPIEZIA, *Il pubblico ministero europeo e i rapporti con Eurojust*, in DPC, 2018, p. 8.

membri dell'Unione europea che sono membri di *Eurojust* ma non partecipano all'istituzione dell'Eppo, nonché nei paesi terzi»<sup>20</sup>.

Per quanto concerne l'ambito operativo della sua legittimazione, l'art. 4 del regolamento stabilisce che l'Eppo «è competente per individuare, perseguire e portare in giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione previsti dalla direttiva 2017/1371/UE e stabiliti dal presente regolamento, e i loro complici». In relazione alle specifiche attività, il nuovo ufficio «svolge indagini, esercita l'azione penale ed esplica le funzioni di pubblico ministero dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri fino alla pronuncia del provvedimento definitivo».

Se ne deduce con chiarezza che, quanto ai contenuti, l'attività da svolgere sia tipicamente di natura inquirente e requirente, mentre, in relazione alla durata, si eserciti tanto nella fase procedimentale che in quella processuale, potenzialmente in tutti i gradi di giurisdizione assicurati nel nostro ordinamento fino al conseguimento della *res iudicata*.

Quest'ultima indicazione, risultante nell'art. 4 del regolamento laddove limita le funzioni della Procura europea «fino alla pronuncia del provvedimento definitivo», sembrerebbe far concludere per la preclusione della legittimazione in capo al procuratore europeo delegato nel procedimento attivato a seguito dell'esistenza del titolo esecutivo. Nonostante tale premessa, a condizione che si proceda ad uno specifico adeguamento normativo al regolamento 2017/1939/UE, appare in tal caso potersi escludere l'individuazione di altro ufficio, in quanto proprio il rispetto della regola prevista nella nostra disciplina codicistica attribuisce all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice dell'esecuzione (art. 655, comma 1, c.p.p.) l'esercizio delle relative le funzioni nella fase esecutiva. Premesso che il giudice dell'esecuzione è l'organo giurisdizionale che ha già deliberato nella fase cognitiva (art. 665 c.p.p.) e che davanti a questo organo le funzioni dovranno essere svolte dal procuratore delegato europeo, potrà sempre quest'ultimo essere legittimato a svolgere le iniziative nella fase esecutiva.

<sup>20</sup> Va pure sottolineato che l'interscambio è favorito dal sistema di gestione automatica dei fascicoli, che consente adeguati meccanismi di informazione e di successivo accesso.



#### 4. *La struttura dell'ufficio: il duplice livello*

Sempre l'esigenza funzionale ha indotto a immaginare una struttura organizzativa dell'ufficio idonea a «consentire un processo decisionale rapido ed efficiente nello svolgimento delle indagini e dell'azione penale che coinvolgono uno o più Stati membri» (*considerando* 20).

La struttura *multilevel* è stata poi progettata per garantire che tutti gli ordinamenti giuridici e tutte le tradizioni giuridiche nazionali degli Stati membri fossero rappresentati all'interno dell'Eppo.

Inoltre, per assicurare una tutela equivalente degli interessi finanziari dell'Unione, si è ritenuto opportuno che la struttura organizzativa e il processo decisionale interno consentissero all'ufficio centrale di monitorare, indirizzare e supervisionare tutte le indagini e le azioni penali condotte nei singoli Stati.

A tal fine, l'Eppo è stato costruito come «un organo dell'Unione indivisibile che opera come un unico ufficio», seppur strutturato su due livelli (*considerando* 21 e art. 8 del regolamento).

Il livello «centrale» è costituito da un procuratore capo europeo, che è al vertice dell'Eppo nel suo complesso e del collegio dei procuratori europei, dalle camere permanenti e dai procuratori europei. Il livello «decentrato» è costituito dai procuratori europei delegati aventi sede negli Stati membri.

L'opzione favorevole all'adozione di un modello collegiale sembra dimostrare il ribaltamento della scelta formulata con la precedente proposta di istituzione dell'ufficio europeo, orientata piuttosto a sostenere un modello verticistico che collegava il procuratore delegato direttamente e solo a quello europeo<sup>21</sup>.

Proprio la scelta del modello organizzativo e, in particolare, dell'articolazione e della complessità della relativa struttura va approfondita, tra l'altro, anche sotto il profilo della sua idoneità a perseguire il conseguimento dell'obiettivo avuto di mira dalla Commissione europea<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Si tratta della *proposta di regolamento istitutivo della Procura europea* del 17 luglio 2013, COM (2013) 534 final.

<sup>22</sup> Cfr., sul punto, R.E. KOSTORIS, *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria: la Procura europea*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2019, p. 280, secondo il quale la complessità del modello organizzativo scelto rischia di non garantire quel livello di efficienza che il contrasto alla criminalità transnazionale richiede.

In via preliminare, occorre evidenziare alcuni principi che devono connotare lo svolgimento delle attività attribuite all'ufficio giudiziario (art. 5 del regolamento).

Innanzitutto, l'Eppo garantisce che le sue attività rispettino i diritti sanciti dalla Carta nonché i principi dello stato di diritto e della proporzionalità.

Le indagini e le conseguenti determinazioni sono disciplinate dal regolamento 2017/1939/UE, sostituito dal diritto nazionale – ovvero quello dello Stato il cui procuratore delegato ha l'incarico di svolgere le indagini – per quanto non espressamente previsto dalla fonte sovranazionale, che prevale, di nuovo, pure nell'ipotesi di contestuale previsione nel diritto nazionale.

Per conseguire con tempestività ed efficacia gli obiettivi programmati, l'art. 5 del regolamento – oltre a prevedere che l'attività investigativa deve essere avviata e condotta «senza indebito ritardo» – utilizza termini di sicuro effetto, ma non in linea con il rigore terminologico imposto dal nostro sistema processuale, la cui disciplina va applicata ove sia competente la giurisdizione italiana per l'accertamento di un reato rientrante nella legittimazione dell'Eppo.

Per il regolamento l'Eppo «svolge le indagini in maniera imparziale e raccoglie tutte le prove pertinenti, sia a carico che a discarico» (art. 5, par. 4, del regolamento) attribuendo, così, all'ufficio inquirente una prerogativa che è tipica di chi svolge funzioni giurisdizionali, tanto per ciò che concerne lo svolgimento delle proprie attività, quanto per ciò che riguarda più strettamente la legale formazione della prova.

Una lettura coordinata e compatibile con il nostro ordinamento nazionale – la cui disciplina deve trovare attuazione nel momento in cui il procuratore delegato legittimato sia un magistrato italiano in quanto la competenza all'accertamento del reato spetta alla nostra giurisdizione – dovrebbe piuttosto far ritenere che si tratti di uno svolgimento “obiettivo” della funzione investigativa, idoneo a ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti ai fini delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale (art. 326 c.p.p.)<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Cfr. in dottrina, per cogliere le peculiarità di *status* dell'organo inquirente all'interno del sistema processuale accusatorio: M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Milano, 2019, pp. 153 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, pp. 192 ss.; A.A.

Al fine di approfondire il profilo strutturale dell'ufficio, è il caso di soffermarsi sull'ufficio centrale, costituito dal collegio, dalle camere permanenti, dal procuratore capo europeo, dai sostituti del procuratore capo europeo, dai procuratori europei e dal direttore amministrativo (art. 8, par. 2, del regolamento).

Il collegio è composto dal procuratore capo europeo – che ne presiede le riunioni ed è responsabile della loro preparazione – e da un procuratore europeo per ciascun Stato membro. Mediante lo svolgimento di riunioni periodiche, al collegio è attribuita la responsabilità della supervisione generale delle attività della Procura europea. Adotta decisioni su questioni strategiche e su questioni di ordine generale derivanti da singoli casi – e non già su decisioni operative – in modo da assicurare la coerenza, l'efficienza e l'uniformità della politica in materia di azione penale in tutti gli Stati membri.

Su proposta del procuratore capo europeo e in conformità del regolamento interno, il collegio istituisce le camere permanenti e stabilisce, inoltre, le responsabilità per l'esercizio delle funzioni dei membri del collegio e del personale dell'ufficio (art. 9 del regolamento).

Alle camere permanenti è assegnato un ruolo centrale dimostrato dalla rilevanza delle determinazioni che sono state ricondotte ad un organo collegiale. Oltre al presidente – ovvero il procuratore capo europeo o uno dei suoi sostituti o un procuratore europeo nominato presidente – le camere permanenti dispongono di due membri permanenti nonché del procuratore europeo incaricato di supervisionare un'indagine o un'azione penale.

Il numero di camere permanenti e la loro composizione, nonché la ripartizione delle competenze tra le camere, tengono debitamente conto delle esigenze funzionali dell'ufficio e sono determinati in conformità del regolamento interno (art. 10 del regolamento).

DALLA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., pp. 156 ss.; P. GAETA, *Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria*, in G. SPANGHER (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, I, *Soggetti. Atti. Prove*, Milano, 2015, pp. 144 ss.; A. GAITO (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli, 1991; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2018, pp. 95 ss.; M. SCAPARONE, *Procedura penale*, I, Torino, 2019, pp. 39 ss.; G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, III, Padova, 2014, pp. 80 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2019, pp. 111 ss.; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, Milano, 2017, pp. 165 ss.; G.P. VOENA, *Soggetti*, in M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Milano, 2018, pp. 50 ss.

Oltre che monitorare e indirizzare le indagini e le azioni penali condotte dai procuratori europei delegati, le camere permanenti garantiscono il coordinamento delle indagini e delle azioni penali nei casi transfrontalieri.

In particolare, decidono se portare un caso in giudizio, archiviare, applicare una procedura semplificata di azione penale e incaricare il procuratore europeo delegato di agire ai fini della pronuncia di un provvedimento definitivo, rinviare un caso alle autorità nazionali, riaprire un'indagine<sup>24</sup>.

Al di là delle specifiche indicazioni al procuratore europeo delegato in merito all'avvio di un'indagine o all'esercizio dell'avocazione, la competente camera permanente, agendo tramite il procuratore europeo incaricato di supervisionare l'indagine o l'azione penale, può in un caso specifico fornire istruzioni, conformemente al diritto nazionale applicabile, al procuratore europeo delegato incaricato del caso, ove sia necessario per l'efficiente svolgimento dell'indagine o dell'azione penale, nell'interesse della giustizia o per assicurare il funzionamento coerente dell'ufficio stesso.

Il procuratore capo europeo è al vertice dell'ufficio e si occupa di organizzare il lavoro della procura, di dirigere le sue attività e di adottare le decisioni in conformità del regolamento istitutivo e di quello interno (art. 11 del regolamento).

Al procuratore capo è assegnata la rappresentanza dell'ufficio dinanzi alle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri dell'Unione europea e dinanzi a terzi.

Di particolare rilievo è il ruolo svolto dai procuratori europei, che fungono da *trait d'union* tra camera permanente e procuratore delegato. Per espressa previsione, «fungono da collegamento e canali di informazione tra le camere permanenti e i procuratori europei delegati nei rispettivi Stati membri di origine»<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> In alcuni casi la camera permanente può decidere di delegare il potere decisionale al procuratore europeo incaricato della supervisione qualora tale delega possa essere debitamente giustificata con riferimento al grado di gravità del reato o alla complessità del procedimento (art. 10, par. 7, del regolamento).

<sup>25</sup> Un procuratore europeo può chiedere, in via eccezionale e per ragioni attinenti al carico di lavoro derivante dal numero di indagini e azioni penali nel proprio Stato membro di origine o a un personale conflitto di interessi, che la supervisione

In generale, i procuratori europei provvedono a monitorare l'esecuzione dei compiti dell'ufficio nei rispettivi Stati membri in stretta consultazione con i procuratori europei delegati.

In particolare, per conto della camera permanente e conformemente a eventuali istruzioni da questa fornite, supervisionano le indagini e le azioni penali di cui sono responsabili i procuratori europei delegati incaricati del caso nel rispettivo Stato membro di origine. A loro spetta presentare sintesi dei casi soggetti alla loro supervisione e, se del caso, proposte di decisioni di detta camera sulla base di progetti di decisioni elaborati dai procuratori europei delegati (art. 12 del regolamento).

Nell'ambito di questa attività di controllo i procuratori europei – in un caso specifico e in osservanza del diritto nazionale applicabile e delle istruzioni impartite dalla competente camera permanente – possono impartire istruzioni al procuratore europeo delegato incaricato del caso, laddove sia necessario per l'efficiente svolgimento dell'indagine e dell'azione penale o nell'interesse della giustizia, o per assicurare il funzionamento coerente dello stesso ufficio.

Le funzioni si estendono anche al riesame degli atti adottati dal procuratore europeo delegato ove la legislazione nazionale di uno Stato membro lo preveda nell'ambito della struttura della procura nazionale, fatti salvi i poteri di supervisione e di monitoraggio della camera permanente.

Il rappresentante decentrato della Procura europea costituisce uno dei temi più stimolanti dell'intera riforma.

Si tratta dei procuratori europei delegati, che «agiscono per conto dell'Eppo nei rispettivi Stati membri e dispongono degli stessi poteri dei procuratori nazionali in materia di indagine, azione penale e atti volti a rinviare casi a giudizio, in aggiunta e fatti salvi i poteri specifici e lo *status* conferiti loro e alle condizioni stabilite dal presente regolamento» (art. 13 del regolamento).

Nello specificare le funzioni e i compiti, il regolamento precisa che «i procuratori europei delegati sono responsabili delle indagini e azioni penali da essi stessi avviate, ad essi assegnate o da essi rilevate

delle indagini e azioni penali relative a singoli casi trattati da procuratori europei delegati nel proprio Stato membro di origine sia assegnata ad altri procuratori europei, fatto salvo l'assenso di questi ultimi (art. 12, par. 2, del regolamento).

avvalendosi del diritto di avocazione». Sono altresì «responsabili di portare casi in giudizio e dispongono, in particolare, del potere di formulare l'imputazione, partecipare all'assunzione delle prove ed esercitare i rimedi disponibili in conformità del diritto nazionale».

Nello svolgimento dei compiti attribuiti «seguono le indicazioni e istruzioni della camera permanente incaricata del caso nonché le istruzioni del procuratore europeo incaricato della supervisione».

Oltre ad elencarne le funzioni, il regolamento detta i criteri per stabilire il numero complessivo dei procuratori delegati nel singolo Stato, la ripartizione funzionale e territoriale e lo *status* necessario per poter essere nominati.

Premesso che in ciascuno Stato membro sono presenti due o più procuratori europei delegati, si rinvia ad un accordo del procuratore capo europeo con le competenti autorità degli Stati membri, previa consultazione, la definizione «del numero dei procuratori europei delegati nonché la ripartizione funzionale e territoriale delle competenze tra i procuratori europei delegati all'interno di ciascuno Stato membro».

A proposito della nomina, sono di particolare interesse le argomentazioni poste a sostegno della scelta. In ragione dell'appartenenza all'ufficio unico della Procura europea e dell'«agire esclusivamente per conto e in nome dell'Eppo nel territorio dei rispettivi Stati membri», è sembrato opportuno conferire loro «uno *status* funzionalmente e giuridicamente indipendente, diverso da qualunque *status* conferito a norma del diritto nazionale» (*considerando* 32).

Per la specificità della funzione attribuita, è però sembrato pure opportuno «che i procuratori europei delegati, nel corso del loro mandato, siano anche membri di una procura, vale a dire procuratori o membri della magistratura, del loro Stato membro, il quale dovrebbe conferire loro almeno gli stessi poteri dei procuratori nazionali» (*considerando* 33).

La norma regolamentare è giunta così a prevedere che chi svolge la funzione di procuratore europeo delegato può «espletare anche le funzioni di pubblici ministeri nazionali, a condizione che ciò non impedisca loro di assolvere gli obblighi derivanti dal presente regolamento», informandone il procuratore europeo incaricato della supervisione.

Qualora ci siano circostanze che impediscano l'esercizio contestuale delle due funzioni, ne informa il procuratore europeo incaricato della supervisione, il quale si consulta con la procura nazionale competente per stabilire se debbano prevalere le funzioni presso la Procura europea. In tal caso, il procuratore europeo può proporre alla camera permanente di riassegnare il caso a un altro procuratore europeo delegato dello stesso Stato membro o svolgere l'indagine egli stesso (art. 13, par. 3, del regolamento).

Dal momento della nomina a procuratore europeo delegato – da parte del collegio su proposta del procuratore capo europeo e su designazione dei singoli Stati – e fino alla rimozione dall'incarico, «i procuratori europei delegati sono membri attivi delle procure o della magistratura dei rispettivi Stati membri che li hanno designati». Oltre ad offrire tutte le garanzie di indipendenza, devono possedere le qualifiche necessarie e vantare una rilevante esperienza pratica relativa al loro sistema giuridico nazionale (art. 17, par. 2, del regolamento).

##### 5. *L'ambito operativo: a) l'attivazione delle indagini*

Dalle scelte effettuate in relazione alla struttura della Procura europea occorre ora soffermarsi su quelle inerenti al modello organizzativo per l'assolvimento delle funzioni inquirenti e reagenti.

L'obiettivo di realizzare lo svolgimento di un'attività investigativa che coniughi tempi contenuti ed efficacia di intervento repressivo necessita del verificarsi di una pluralità di condizioni, che inevitabilmente rinviano anche all'idoneo apporto delle forze di polizia e ad una produzione normativa adeguata.

È altresì naturale, per la rilevante e riconosciuta efficacia dimostrata nel corso del tempo, che quando si riflette sul tema del “coordinamento investigativo” scatti automaticamente il riferimento al modello, introdotto e perfezionatosi nell'ordinamento italiano, per le investigazioni riguardanti i delitti di criminalità organizzata.

Sicuramente ci si è ispirati anche all'organizzazione apicale che vede in Italia la procura nazionale antimafia e antiterrorismo al vertice dell'ufficio inquirente, ma prima di qualsiasi confronto è indispensabile esaminare, in dettaglio, l'articolazione dei rapporti intercorrenti tra i plurimi attori della Procura europea.

In primo luogo, lo svolgimento dell'attività investigativa presuppone la percezione della notizia del fatto attraverso un idoneo circuito informativo.

A tal fine, tanto le istituzioni, gli organi, gli uffici e le agenzie dell'Unione, quanto le autorità degli Stati membri competenti ai sensi del diritto nazionale applicabile comunicano senza indebito ritardo alla Procura europea qualsiasi condotta criminosa in relazione alla quale essa potrebbe esercitare la sua legittimazione (art. 24 del regolamento).

Analogo meccanismo informativo scatta nel momento in cui un'autorità giudiziaria o di polizia di uno Stato membro avvia – o ha già avviato – un'indagine su un reato rientrante nell'ambito operativo della Procura europea.

La segnalazione contiene, almeno, una descrizione dei fatti, nonché una valutazione del danno reale o potenziale, la possibile qualificazione giuridica e qualsiasi altra informazione disponibile inerente alle potenziali vittime, agli indagati e a qualsiasi altra persona coinvolta.

Al fine di consentire all'ufficio europeo di determinarsi in ordine all'esistenza delle condizioni che consentono l'operatività della propria legittimazione in merito al fatto verificatosi nello Stato membro, è espressamente previsto che l'informazione manifesti pure l'eventuale impossibilità di valutare quei criteri – di cui all'art. 25, par. 2, del regolamento – in base ai quali si limita la legittimazione della Procura europea ove il fatto abbia comportato o possa comportare un danno per gli interessi finanziari dell'Unione inferiore a 10.000 euro.

Le informazioni pervenute sono registrate e verificate, in modo che la Procura europea possa valutare «se, sulla base delle informazioni fornite ai sensi dei parr. 1 e 2, vi siano motivi per avviare un'indagine o per esercitare il diritto di avocazione» (art. 24, par. 6, del regolamento)<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Quando l'Eppo decide di avviare un'indagine o esercitare il proprio diritto di avocazione a norma del presente regolamento, il procuratore europeo delegato incaricato del caso apre un fascicolo. Il fascicolo è gestito dal procuratore europeo delegato incaricato del caso conformemente al diritto del suo Stato membro. Il regolamento interno dell'Eppo può includere norme relative all'organizzazione e gestione dei fascicoli nella misura necessaria a garantire il funzionamento dell'Eppo quale ufficio unico. L'accesso



In ragione del destinatario dell'informazione nonché del momento in cui essa perviene a conoscenza si registrano differenti modalità di attivazione delle indagini in capo all'ufficio unico europeo.

L'attività investigativa è direttamente promossa dal procuratore europeo delegato o dalle camere permanenti: nel primo caso, ove esistono ragionevoli motivi per ritenere che sia o sia stato commesso un reato rientrante nella legittimazione della Procura europea, «un procuratore europeo delegato di uno Stato membro che, secondo il suo diritto nazionale, è competente per il reato, fatte salve le norme di cui all'art. 25, par. 2 e 3, avvia un'indagine e lo annota nel sistema automatico di gestione dei fascicoli» (art. 26, par. 1 del regolamento).

A seguito dell'informazione acquisita, qualora l'indagine non sia stata già attivata dal procuratore europeo delegato, la camera permanente cui è assegnato il caso provvede ad incaricare il rappresentante dell'ufficio «decentrato» (art. 26, par. 3, del regolamento).

In generale, un caso è «aperto e trattato» da un procuratore europeo delegato dello Stato membro in cui si trova il «centro dell'attività criminosa» oppure, se sono stati commessi più reati connessi, dello Stato membro in cui è stata commessa la «maggior parte dei reati» (art. 26, par. 4, del regolamento).

Può derogarsi a tale regola, con la conseguente legittimazione di un procuratore europeo delegato di un altro Stato membro, a condizione che la deroga «sia debitamente giustificata» in applicazione, in ordine di priorità, dei seguenti criteri: il luogo di residenza abituale dell'indagato o dell'imputato; la nazionalità dell'indagato o dell'imputato; il luogo in cui si è verificato il danno finanziario principale.

Fino al momento in cui non ci si determini per l'esercizio dell'azione penale, la camera permanente può, «in un caso rientrante nella competenza di più Stati membri e previa consultazione con i procuratori europei e/o i procuratori europei delegati interessati», decidere – tenendo conto dello stato delle indagini – di riassegnare il caso a un procuratore europeo delegato di un altro Stato membro oppure di «riunire o separare» i casi, scegliendo, caso per caso, il procuratore europeo delegato che ne è incaricato (art. 26, par. 5 e 6, del regolamento).

al fascicolo da parte degli indagati e imputati nonché di altre persone coinvolte in un procedimento è concesso dal procuratore europeo delegato incaricato del caso conformemente al diritto dello Stato membro del procuratore (art. 45 del regolamento).

L'altra modalità utilizzata per lo svolgimento delle indagini da parte della Procura europea presuppone la loro sottrazione all'autorità che le sta già svolgendo (art. 27 del regolamento).

Una volta venuta a conoscenza «del fatto che le autorità competenti di uno Stato membro hanno già intrapreso un'indagine in relazione a un reato per il quale potrebbe essere competente», la Procura europea decide se esercitare il suo diritto di avocazione<sup>27</sup>.

La decisione sul punto è dotata nel più breve tempo possibile e comunque non oltre cinque giorni dal ricevimento delle informazioni dalle autorità nazionali, alle quali va trasmessa idonea comunicazione.

All'esito della decisione favorevole all'avocazione, le autorità competenti degli Stati membri trasferiscono il fascicolo alla Procura europea, astenendosi da ulteriori atti d'indagine in relazione allo stesso reato.

L'iniziativa di avocare le indagini può essere adottata anche da un procuratore europeo delegato di qualsiasi Stato membro le cui autorità competenti abbiano avviato un'indagine. Qualora, dopo aver ricevuto idonea informazione dall'autorità procedente, valuti di non esercitare il diritto di avocazione, deve comunicarlo, attraverso il procuratore europeo del proprio Stato membro, alla camera permanente competente affinché quest'ultima possa adottare le proprie determinazioni.

Anche nelle ipotesi in cui la Procura europea non abbia esercitato il diritto di avocazione può sempre rideterminarsi – salvo «che l'indagine nazionale non sia già stata conclusa e che l'imputazione non sia stata presentata a un organo giurisdizionale» (art. 27, par. 7, del regolamento) – a seguito di aggiornate informazioni su nuovi fatti inviate dalle autorità dello Stato membro.

Occorre pure sottolineare la particolare scelta dotata con riferimento ai reati che comportino o possano comportare un danno per gli interessi finanziari dell'Unione inferiore a 100.000 euro. In tal caso è attribuita al collegio – tenuto conto del grado di gravità del reato o

<sup>27</sup> È importante sottolineare anche il meccanismo informativo: se l'Eppo viene a conoscenza, con mezzi diversi dalle informazioni di cui all'art. 24, par. 2, del regolamento, si rivolge direttamente all'autorità competente dello Stato interessato, in modo da ottenere le idonee informazioni come previsto dal citato articolo del regolamento, oltre ad attivare eventuali consultazioni.

della complessità del procedimento nel singolo caso – la determinazione in ordine alla non necessità di svolgere indagini o di esercitare l'azione penale a livello dell'Unione, con la conseguente emanazione di direttive generali che consentano ai procuratori europei delegati di decidere, autonomamente e senza indebito ritardo, di non avocare il caso<sup>28</sup>.

Rispetto a quelli fin qui esaminati, occorre tener presente pure i casi in cui, nel corso delle indagini, si valuti l'insussistenza delle condizioni che legittimano l'intervento della Procura europea (art. 34 del regolamento).

In tali ipotesi, su iniziativa delle camere permanenti o del collegio<sup>29</sup>, si rinvia il caso senza indebito ritardo all'autorità nazionale. Ove entro un termine massimo di 30 giorni le autorità nazionali competenti non accettino di farsi carico del caso, la Procura europea rimane competente a esercitare l'azione penale o ad archiviare il caso conformemente alle norme stabilite nel presente regolamento.

#### 6. *Segue: b) lo svolgimento dell'attività investigativa*

Il concreto svolgimento delle attività di indagine spetta al procuratore europeo delegato, in conformità a quanto previsto dal regolamento 2017/1939/UE e dall'ordinamento nazionale dello Stato in cui opera il magistrato «decentrato» della Procura europea (art. 28 del regolamento).

Le singole attività sono svolte di persona sempre che il procuratore europeo delegato non voglia «darne incarico alle autorità compe-

<sup>28</sup> Per garantire un'applicazione coerente delle direttive, i procuratori europei delegati informano la camera permanente competente di ogni decisione adottata in tal caso e ogni camera permanente riferisce annualmente al collegio in merito all'applicazione delle direttive.

<sup>29</sup> Con riguardo a un reato che comporti o possa comportare un danno per gli interessi finanziari dell'Unione inferiore a 100.000 euro, ove il collegio ritenga che, tenuto conto del grado di gravità del reato o della complessità del procedimento nel singolo caso, non sia necessario svolgere indagini o esercitare l'azione penale a livello dell'Unione e che sia nell'interesse dell'efficienza delle indagini o dell'azione penale, esso emana, conformemente all'art. 9, par. 2 del regolamento direttive generali che consentano alle camere permanenti di rinviare il caso alle autorità nazionali competenti.

tenti del suo Stato membro», rendendo noti al procuratore europeo competente e alla camera permanente incaricata – tramite il sistema automatico di gestione dei fascicoli e nel rispetto delle norme stabilite nel regolamento interno dell'Eppo – eventuali sviluppi significativi relativi al procedimento.

Le autorità nazionali competenti adottano, conformemente al loro diritto, le misure urgenti necessarie per garantire l'efficacia delle indagini, anche quando non agiscono specificamente su istruzione del procuratore europeo delegato incaricato del caso.

Quest'ultimo può essere sostituito – su iniziativa del procuratore europeo titolare della supervisione – da parte della camera permanente, che riassegna l'incarico a un altro procuratore europeo delegato dello stesso Stato membro, quando quello cui è stato assegnato il caso «non può svolgere l'indagine o avviare l'azione penale» oppure «omette di seguire le istruzioni della camera permanente competente o del procuratore europeo».

In casi eccezionali, dopo aver ottenuto l'approvazione della camera permanente competente, il procuratore europeo incaricato della supervisione può, con decisione motivata, svolgere l'indagine di persona, qualora ciò risulti indispensabile ai fini dell'efficienza dell'indagine o dell'azione penale. Tale decisione può essere adottata in ragione della gravità del reato, in particolare alla luce delle sue possibili ripercussioni a livello dell'Unione, dei destinatari dell'indagine (funzionari o altri agenti dell'Unione o membri delle istituzioni dell'Unione) oppure in caso di fallimento del meccanismo di riassegnazione ad altro procuratore delegato.

Nello specifico, per quanto concerne le iniziative investigative attivabili, il regolamento 2017/1939/UE (art. 30) stabilisce che il procuratore europeo delegato è autorizzato a disporre – oltre «qualsiasi altra misura del loro Stato membro che il diritto nazionale mette a disposizione dei procuratori in casi nazionali analoghi» – una serie determinata di misure: a) perquisizione di locali, terreni, mezzi di trasporto, abitazioni private, indumenti o altro bene personale e sistemi informatici, nonché qualsiasi misura cautelare necessaria a preservarne l'integrità o a evitare la perdita o l'inquinamento di prove; b) produzione di qualsiasi oggetto o documento pertinente in originale o in altra forma specificata; c) ottenere la produzione di dati informatici

archiviati, cifrati o decifrati, in originale o in altra forma specificata, inclusi i dati relativi al conto bancario e i dati relativi al traffico; d) congelamento degli strumenti o dei proventi di reato, compresi i beni, di cui si prevede la confisca da parte del giudice competente; e) intercettazione delle comunicazioni elettroniche di cui l'indagato o l'imputato è destinatario o mittente, su ogni mezzo di comunicazione elettronica utilizzato dall'indagato o dall'imputato; f) tracciamento e rintracciamento di un oggetto mediante mezzi tecnici, comprese le consegne controllate di merci.

Comunque, qualsiasi delle iniziative indicate può essere attivata «soltanto qualora vi sia fondato motivo di ritenere che le misure specifiche in questione possano fornire informazioni o prove utili all'indagine, e qualora non sia disponibile alcuna misura meno intrusiva che consenta di conseguire lo stesso obiettivo».

L'esecuzione delle iniziative investigative è disciplinata dal regolamento 2017/1939/UE e dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza. Il rispetto del diritto nazionale, applicabile in casi nazionali analoghi, opera anche in tutte le ipotesi in cui si ritenga di dover ricorrere all'adozione di misure cautelari nel corso delle indagini (art. 32 del regolamento).

Se si tratta di indagini transfrontaliere, i procuratori europei delegati agiscono in stretta cooperazione fornendosi reciproca assistenza e consultandosi regolarmente (art. 31 del regolamento).

In ragione dei risultati investigativi conseguiti all'esito delle indagini si prospettano le determinazioni formulabili a chiusura di questa fase: l'esercizio dell'azione penale, l'archiviazione, una procedura semplificata di azione penale, il rinvio a giudizio dinanzi all'organo giurisdizionale di altro Stato membro competente (art. 35 del regolamento).

È il procuratore europeo delegato incaricato del caso che presenta al procuratore europeo incaricato della supervisione una relazione contenente una sintesi del caso e un progetto di decisione.

Il procuratore europeo incaricato della supervisione trasmette tali documenti alla camera permanente competente, corredandoli, ove lo ritenga necessario, della propria valutazione. Se la camera permanente, a norma dell'art. 10, par. 3 del regolamento, decide conformemente a quanto proposto dal procuratore europeo delegato, quest'ultimo procede di conseguenza.

Differentemente, qualora ritenga di non decidere conformemente a quanto proposto dal procuratore europeo delegato, la camera permanente procede, ove necessario, a un proprio riesame del fascicolo prima di adottare una decisione definitiva o di impartire ulteriori istruzioni al procuratore europeo delegato.

È importante approfondire nell'ambito del modello organizzativo i rapporti intercorrenti tra gli esponenti dell'unità centrale e quelli dell'ufficio decentrato della Procura europea anche al fine di evidenziare peculiarità connotanti la natura del modello.

Nell'ipotesi in cui il procuratore europeo delegato trasmetta un progetto di decisione favorevole all'esercizio dell'azione penale davanti agli organi giurisdizionali dello Stato in cui ha svolto le indagini, la camera permanente decide sulla proposta entro 21 giorni (art. 36 del regolamento).

Due soluzioni normative vanno subito evidenziate: da un lato, la camera permanente non può decidere di archiviare il caso se un progetto di decisione propone di portarlo in giudizio; dall'altro, l'inutile decorso del termine di 21 giorni determina una sorta di acquiescenza, sicché «la decisione proposta dal procuratore europeo delegato è considerata accettata».

L'organo collegiale può anche determinarsi nel senso di scindere la legittimazione del procuratore delegato alle indagini, da quella del delegato all'azione penale in giudizio.

La regola generale induce la camera permanente a decidere che l'azione penale sia esercitata nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso. Tuttavia, a seguito della relazione presentata ai sensi dell'art. 35, par. 1 del regolamento, se vi sono motivi sufficientemente giustificati per procedere in tal senso, la camera permanente può decidere di autorizzare l'esercizio dell'azione penale in un altro Stato membro, incaricando di conseguenza un procuratore europeo delegato di detto Stato.

Un'altra determinazione spettante all'organo collegiale riguarda la possibile riunione dei procedimenti dinanzi agli organi giurisdizionali di un unico Stato membro.

Infatti, prima di decidere di portare un caso in giudizio, la camera permanente competente può, su proposta del procuratore europeo delegato incaricato del caso, decidere di riunire vari procedimenti,

«qualora diversi procuratori europei delegati abbiano condotto indagini nei confronti della stessa o delle stesse persone», affinché l'azione penale sia esercitata dinanzi agli organi giurisdizionali di un unico Stato membro che, in conformità del suo diritto, ha giurisdizione per ciascuno di detti procedimenti. Una volta deciso lo Stato membro in cui esercitare l'azione penale, l'organo giurisdizionale nazionale competente di detto Stato membro è determinato sulla base del diritto nazionale.

Un caso di acquiescenza «condizionata» è poi configurabile nelle ipotesi in cui si prospetta la possibilità di impugnare il provvedimento giurisdizionale.

A seguito di una sentenza dell'organo giurisdizionale spetta alla Procura europea decidere se ricorrere in appello: in tal caso il procuratore europeo delegato presenta una relazione contenente un progetto di decisione alla camera permanente competente e attende istruzioni da quest'ultima. Qualora non sia possibile attendere tali istruzioni entro il termine stabilito dal diritto nazionale, il procuratore europeo delegato ha facoltà di ricorrere in appello senza preve istruzioni dalla camera permanente e presenta, in seguito, senza ritardo, la relazione alla camera permanente. Successivamente, la camera permanente incarica il procuratore europeo delegato di mantenere o ritirare il ricorso. La stessa procedura si applica se, nel corso del procedimento e in conformità del diritto nazionale applicabile, il procuratore europeo delegato incaricato del caso assume una posizione che condurrebbe all'archiviazione del caso (art. 36, par. 7, del regolamento).

Per quanto concerne la determinazione favorevole all'archiviazione va opportunamente sottolineata la disciplina adottata anche in ragione del necessario coordinamento con il nostro ordinamento nazionale.

Anche in tal caso spetta alla camera permanente la parola finale, atteso che «decide», sulla base di una relazione fornita dal procuratore europeo delegato incaricato, conformemente all'art. 35, par. 1, del regolamento, «di archiviare in applicazione di uno dei motivi elencati»: morte dell'indagato o dell'imputato o liquidazione della persona giuridica indagata o imputata; infermità mentale dell'indagato o dell'imputato; amnistia concessa all'indagato o all'imputato; immunità concessa all'indagato o all'imputato, a meno che non sia stata

revocata; scadenza del termine legale nazionale per l'esercizio dell'azione penale; pronuncia del provvedimento definitivo nei confronti dell'indagato o dell'imputato in relazione ai medesimi fatti; mancanza di prove pertinenti (art. 39, par. 1, del regolamento).

Premesso che l'archiviazione non preclude nuove indagini o la loro riapertura, occorre sottolineare che se il caso è archiviato la Procura europea provvede a darne comunicazione ufficiale alle autorità nazionali competenti e informa le istituzioni, gli organi, gli uffici e le agenzie dell'Unione interessati, nonché, ove opportuno ai sensi del diritto nazionale, gli indagati o gli imputati e le vittime di reato. I casi archiviati possono inoltre essere rinviati all'Olaf o alle autorità amministrative o giudiziarie nazionali competenti ai fini del recupero o di un seguito amministrativo di altro tipo (art. 39, par. 4, del regolamento).

Tanto basta per sollevare diverse perplessità in merito al difficile coordinamento con la nostra disciplina codicistica che attribuisce in via esclusiva all'organo giurisdizione il potere di procedere all'archiviazione degli atti.

Sempre alla camera permanente spetta la decisione finale se, ove il diritto nazionale applicabile preveda una procedura semplificata di azione penale volta alla pronuncia del provvedimento definitivo sulla base di termini convenuti con l'indagato, il procuratore europeo delegato incaricato del caso propone questa conclusione alla camera permanente competente (art. 40 del regolamento).

La camera permanente adotta una decisione sulla proposta del procuratore europeo delegato incaricato del caso tenendo conto dei motivi seguenti: la gravità del reato, sulla base, in particolare, del danno arrecato; la volontà dell'indagato di riparare il danno causato dalla condotta illecita; la conformità dell'uso della procedura agli obiettivi generali e ai principi di base dell'Eppo di cui al presente regolamento.

Se la camera permanente è d'accordo con la proposta, il procuratore europeo delegato incaricato del caso applica la procedura semplificata di azione penale conformemente alle condizioni previste nel diritto nazionale, indicandolo nel sistema automatico di gestione dei fascicoli. Una volta che la procedura semplificata di azione penale sia stata ultimata in seguito all'adempimento dei termini convenuti con l'indagato, la camera permanente incarica il procuratore europeo delegato di agire ai fini della pronuncia di un provvedimento definitivo nel caso.



7. *Le direttive della legge-delega n. 117/2019: a) per la designazione alle nuove funzioni giudiziarie presso l'Eppo*

Dal pur sintetico quadro normativo offerto in relazione al modello organizzativo concepito, alle modalità investigative attuabili e agli esiti delle investigazioni compiute per il coinvolgimento degli organi giurisdizionali appare evidente la necessità che l'entrata in funzione del nuovo ufficio inquirente europeo sia preceduta da una serie di coordinamenti normativi tra la fonte sovranazionale e quella nazionale, al fine di evitare inevitabili problemi nella prassi che determinerebbero la neutralizzazione degli obiettivi programmati.

L'esigenza di procedere all'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento 2017/1939/UE è stata colta dal legislatore con la pubblicazione della legge-delega 4 ottobre 2019, n. 117<sup>30</sup>.

Prima di entrare nel merito delle direttive messe a punto dal Parlamento per orientare le scelte del Governo nell'adozione dei decreti delegati necessari per l'adeguamento, è opportuno richiamare l'attenzione su alcuni profili critici che sono stati, già da tempo, evidenziati da coloro che hanno seguito i lavori svoltisi tra i *partners* europei per la creazione della Procura europea.

A questo proposito, una delle maggiori perplessità avanzate ha riguardato la centralità del diritto nazionale nel procedimento che vede la legittimazione della Procura europea, giustificata dalla «resistenza alla cessione di sovranità quale può intravedersi nella riduzione dell'autonomia procedurale conseguente alla creazione di una procedura europea o all'instaurazione di controlli giurisdizionali europei»<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Anche in ragione della prossima entrata in funzione della Procura europea – prevista non prima di tre anni dall'entrata in vigore del regolamento 2017/1939/UE (ovvero dal 21 novembre 2020) – si è previsto che entro nove mesi devono essere approntati uno o più decreti legislativi volti ad armonizzare il diritto interno alle disposizioni sovranazionali che disciplinano il nuovo ufficio inquirente europeo.

<sup>31</sup> La riflessione è di T. RAFARACI, *Il controllo giurisdizionale delle attività del Pubblico ministero europeo e l'innesto delle indagini nel procedimento nazionale*, cit., p. 331, secondo il quale di fronte a questa esigenza, il necessario punto di compromesso per l'integrazione tra procedura sovranazionale e diritto nazionale si sarebbe potuto raggiungere solo a seguito di una decisa e mirata azione armonizzatrice dei diversi sistemi procedurali, condotta sino al punto da esprimere uno schema di procedura europea.

In questo stato di cose, si è sostenuto, diventa difficile la costruzione dell'ufficio inquirente europeo in quanto è stata tradita l'idea forte rappresentata dall'uniformità della relativa procedura e delle correlate garanzie nel territorio dell'Unione europea, al fine di evitare *deficit* e difformità di tutela, di garanzie, di controlli giurisdizionali, «fenomeni di *forum shopping*, che inevitabilmente rischiano di conservarsi tutte le volte in cui ci si affida alla variabile pluralità dei diritti nazionali».

La questione continua ad avere la sua rilevanza, attesi i limiti del possibile controllo giurisdizionale sovranazionale.

Infatti nel *considerando* 88 del regolamento 2017/1939/UE si è affermato che gli organi giurisdizionali nazionali non possono deferire alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali sulla validità degli atti procedurali dell'Eppo per quanto riguarda il diritto processuale nazionale o le disposizioni nazionali di recepimento di direttive, anche se il regolamento vi fa riferimento. Rimangono tuttavia impregiudicati i rinvii pregiudiziali riguardanti l'interpretazione delle disposizioni di diritto primario, compresi i trattati e la Carta, o l'interpretazione e la validità delle disposizioni del diritto derivato dell'Unione, compresi il presente regolamento e le direttive applicabili. Inoltre, non si esclude la possibilità che gli organi giurisdizionali nazionali verifichino la validità degli atti procedurali dell'Eppo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi in relazione al principio di proporzionalità sancito dal diritto nazionale.

La legge-delega n. 117/2019 risponde all'esigenza, indifferibile, di adeguamento interno, occupandosi di due differenti problematiche: in primo luogo, l'individuazione delle autorità nazionali, competenti a formulare quelle plurime designazioni sulle quali gli organi sovranazionali sono chiamati ad effettuare specifiche scelte per l'attribuzione delle nuove funzioni previste dal regolamento 2017/1939/UE; dall'altro, l'elencazione delle numerose situazioni ove è indispensabile coordinare e/o integrare i vari testi normativi nazionali (ordinamento giudiziario, codice di procedura penale e legislazione speciale) alle nuove previsioni sovranazionali inerenti all'esercizio delle funzioni cui è legittimata la Procura europea<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Sul punto, da ultimo, v. E. ZANETTI, *La via italiana alla Procura europea nella delega per l'implementazione del Regolamento (UE) 2017/1939*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, n. 1, pp. 264 ss.

Per quanto concerne la prima questione, si tratta, in particolare, di individuare l'autorità competente a designare, a norma dell'art. 16, par. 1 del regolamento, i tre candidati al posto di procuratore europeo nonché i criteri e le modalità di selezione che regolano la designazione e il relativo procedimento; di individuare, ai sensi dell'art. 17 del regolamento, quella competente a designare i candidati al posto di procuratore europeo delegato ai fini della nomina da parte del collegio su proposta del procuratore capo europeo, nonché i criteri e le modalità di selezione che regolano la designazione; infine, di individuare, ai sensi dell'art. 13, par. 2 del regolamento, quella competente a concludere con il procuratore capo europeo l'accordo diretto a stabilire il numero dei procuratori europei delegati nonché la ripartizione funzionale e territoriale delle competenze tra gli stessi.

Seppur si rinviene il comune denominatore rappresentato dall'individuazione di un'autorità competente alla designazione, è necessario esaminare singolarmente le tre ipotesi.

A proposito della nomina del procuratore europeo occorre rinviare a quanto previsto dall'art. 16 del regolamento, al fine di consentire la scelta all'interno di una terna di candidati all'uopo indicata.

In particolare, nel predisporre i criteri da utilizzare per la selezione dei candidati italiani, il legislatore delegato dovrà tenere nel debito conto quelli espressamente indicati nell'art. 16, par. 1, del regolamento, vale a dire l'essere «membri attivi delle procure o della magistratura dello Stato membro interessato», l'offrire «tutte le garanzie di indipendenza» e il possedere «le qualifiche necessarie per essere nominati ad alte funzioni a livello di procura o giurisdizionali nei rispettivi Stati membri» nonché il vantare «una rilevante esperienza pratica in materia di sistemi giuridici nazionali, di indagini finanziarie e di cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale».

Il legislatore delegante, però, ha previsto una disciplina transitoria fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni adottate in attuazione del criterio di delega sul punto (art. 4, commi 4-8, l. n. 117/2019).

Per la designazione dei primi tre candidati alla nomina di procuratore europeo si è fatto ricorso ad una procedura che coinvolge il ministro della giustizia e il Consiglio superiore della magistratura.

Le domande per la candidatura sono state proposte al Consiglio

superiore della magistratura da magistrati requirenti o giudicanti in possesso almeno della quarta valutazione di professionalità, anche se collocati fuori dal ruolo organico della magistratura. Il Consiglio superiore e il ministro hanno proceduto autonomamente alla valutazione dei candidati. A questo punto la norma transitoria ha previsto che il rappresentante dell'esecutivo trasmetta la graduatoria dei candidati, corredata dalle relative valutazioni, al Consiglio superiore che, in caso di condivisione, provvede alla designazione, trasmettendo il relativo provvedimento al ministro per la comunicazione all'Eppo.

Nell'ipotesi di mancata condivisione, il procedimento diventa più articolato, lasciando comunque al Consiglio superiore della magistratura la decisione finale, nel rispetto di quanto sostenuto dalla stessa Corte Costituzionale in attuazione dell'art. 105 Cost.<sup>33</sup>

Se non condivide la soluzione proposta dal ministro, il Consiglio restituisce, con provvedimento motivato, gli atti al ministro che, entro quindici giorni, potrà, alternativamente, trasmettere al Consiglio una proposta di graduatoria conforme alle valutazioni del medesimo Consiglio oppure invitare, con richiesta motivata, il Consiglio a rivedere le proprie valutazioni.

Ricevuta la proposta o la richiesta, il Consiglio provvede in ogni caso alla designazione, fornendo specifica motivazione quando non aderisce all'invito di rivedere le proprie valutazioni.

Tornando alle direttive di cui alla l. n. 117/2019, in riferimento alla designazione dei magistrati italiani per la nomina a procuratore europeo delegato subentrano ulteriori interrogativi rispetto alla individuazione dell'autorità competente e dei criteri idonei per la selezione.

<sup>33</sup> In ragione delle caratteristiche che il procuratore europeo deve avere nonché dell'attività, tipicamente giudiziaria, che è chiamato a svolgere, deve ritenersi che in forza del principio consacrato dall'art.105 Cost. debba essere il Consiglio superiore della magistratura l'autorità dello Stato deputata a selezionare i candidati e ad indicare la terna. Cfr., sul punto, Corte Costituzionale, sentenza del 6 aprile 2011, n. 136, relativa proprio alla procedura di designazione del membro nazionale di *Eurojust*, ove la Corte ha ritenuto costituzionalmente legittimo il meccanismo di designazione del cd. concerto invertito, che vede il ministro della giustizia titolare del potere sostanziale di designazione, solo sul presupposto che le attività svolte dal membro nazionale di *Eurojust* fossero (almeno nell'assetto precedente alla recente approvazione del nuovo regolamento) di carattere esclusivamente amministrativo e prive di connotati giurisdizionali.

Se per questi ultimi è sufficiente rinviare a quanto previsto dall'art. 17, par. 1, del regolamento, il dibattito è aperto in ordine all'individuazione dell'autorità competente a concludere con il procuratore capo europeo l'accordo diretto a stabilire il numero dei procuratori europei delegati nonché la ripartizione funzionale e territoriale delle competenze tra gli stessi, atteso che sul punto il regolamento 2017/1939/UE si limita a prevedere la nomina di almeno due procuratori delegati per ciascuno Stato aderente.

Premesso che i procuratori europei delegati, dal momento della nomina e fino alla rimozione dall'incarico, sono componenti attivi delle procure o della magistratura dei rispettivi Stati membri che li hanno designati (art. 17, par. 2, del regolamento), è in astratto possibile prevedere nel nostro ordinamento, in alternativa, una di queste due soluzioni: attribuire ad un sostituto procuratore l'esercizio esclusivo delle relative funzioni in materia di reati rientranti nella legittimazione della Procura europea oppure – in ragione del limitato numero dei procedimenti penali iscritti per tali reati – abbinare, in capo allo stesso magistrato, le funzioni di procuratore europeo delegato a quelle ordinarie di sostituto procuratore.

In merito al numero di procuratori delegati da concordare e alla conseguente ripartizione funzionale e territoriale sono poi prevedibili plurime soluzioni, la cui scelta non può che essere orientata dall'entità del volume di procedimenti che impegnerà il titolare di queste nuove funzioni e dal modello organizzativo programmato.

La scelta sembra circoscritta a queste ipotesi: la creazione di un ufficio centralizzato ove i magistrati italiani, quali procuratori delegati europei, siano chiamati a svolgere esclusivamente le funzioni loro attribuite dal regolamento 2017/1939/UE; la collocazione del procuratore europeo delegato presso la procura della Repubblica che ha sede nel capoluogo del distretto di corte d'appello con la possibilità di svolgimento delle funzioni in via esclusiva oppure in aggiunta a quelle ordinarie attribuite a qualsiasi magistrato dell'ufficio del pubblico ministero; la dislocazione dei procuratori delegati solo presso alcuni uffici del pubblico ministero, individuati in ragione della preventiva suddivisione in macroaree del territorio dello nostro Stato<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Le ipotesi sono state già prospettate nel parere del Consiglio superiore della magistratura (delibera del 12 novembre 2018), reso ai sensi dell'art. 10, l. 24 marzo

## 8. *Segue: b) per l'adeguamento della normativa nazionale*

L'altra tipologia di questioni da affrontare, di notevole entità, riguarda l'adeguamento del complesso impianto normativo – ordinamentale e codicistico – al regolamento 2017/1939/UE.

Già per la posizione ordinamentale del procuratore europeo e dei procuratori europei delegati si pone il tema del superamento della tradizionale distinzione tra l'attività in ruolo e fuori ruolo dei magistrati<sup>35</sup>.

Sotto questo profilo va ricordato che l'art. 4, comma 9, l. n. 117/2019, ha precisato che il magistrato nominato procuratore europeo non è soggetto all'applicazione del limite temporale di collocamento fuori ruolo.

Le direttive del legislatore delegante, in particolare, richiedono di «coordinare le disposizioni dell'ordinamento giudiziario in materia di attribuzioni e di poteri dei titolari degli uffici del pubblico ministero con le disposizioni del regolamento 2017/1939/UE in materia di competenze del collegio, in modo da preservare i poteri di supervisione e di indirizzo spettanti agli organi dell'Eppo nei procedimenti rientranti nell'ambito di applicazione del medesimo regolamento (UE) e garantire la coerenza, l'efficienza e l'uniformità della politica in materia di azione penale dell'Eppo».

Altro compito del legislatore delegato sarà quello di «adeguare le disposizioni dell'ordinamento giudiziario alle norme del regolamento 2017/1939/UE in materia di: competenze del collegio dell'Eppo; poteri di controllo e di indirizzo della camera permanente e del procuratore europeo incaricato della supervisione; esercizio della competenza dell'Eppo; poteri di riassegnazione, riunione e separazione dei casi spettanti alla camera permanente; diritto di avocazione dell'Eppo; poteri della camera permanente in ordine all'esercizio dell'azione penale, all'archiviazione del caso e alle procedure semplificate di azione penale».

1958, n. 195, sul disegno di legge AC 1201, concernente «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2018».

<sup>35</sup> A questo proposito va ricordato che il Consiglio superiore della magistratura, nel citato parere, aveva proposto di valutare la possibilità di dare vita ad un *tertium genus*, ritenuto più adeguato alle nuove tipologie di attività giudiziaria esercitabile da parte dei magistrati italiani in ambito europeo.

Sempre con riferimento alle norme dell'ordinamento giudiziario, si chiede poi un adeguamento «alle norme del regolamento 2017/1939/UE che disciplinano la rimozione dall'incarico o l'adozione di provvedimenti disciplinari nei confronti del procuratore nazionale nominato procuratore europeo delegato, in conseguenza dell'incarico rivestito nell'Eppo, e in particolare: 1) prevedere che i provvedimenti adottati dalla sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura che comportino la rimozione dall'incarico o, comunque, i provvedimenti disciplinari nei confronti di un procuratore nazionale nominato procuratore europeo delegato per motivi non connessi alle responsabilità che gli derivano dal regolamento 2017/1939/UE siano comunicati al procuratore capo europeo prima che sia data loro esecuzione; 2) prevedere clausole di salvaguardia analoghe a quelle di cui al numero 1) a fronte di qualsiasi altra procedura di trasferimento di ufficio che comporti la rimozione dall'incarico di procuratore europeo delegato».

Un altro adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento giudiziario riguarda l'esigenza di integrare la disciplina procedimentale nazionale in materia di valutazioni di professionalità, facendo salve le prerogative del collegio dell'Eppo e regolandone l'incidenza sul procedimento di valutazione interno.

La particolare attenzione da dedicare alla figura del procuratore europeo delegato e alle funzioni che è destinato a svolgere trova conferma nelle indicazioni formulate dal legislatore delegante, il quale si preoccupa di indicare specifici ambiti ove è indispensabile un intervento di riforma:

- apportare le necessarie modifiche alle disposizioni processuali, al fine di prevedere che i procuratori europei delegati svolgano le funzioni indicate dall'art. 51 c.p.p. dinanzi al tribunale ordinariamente competente per i delitti di cui alla direttiva 2017/1371/UE;
- prevedere che il procuratore europeo delegato, in relazione ai delitti rientranti nella legittimazione dell'Eppo, svolga le sue funzioni in collegamento e d'intesa, anche mediante acquisizione e scambio di informazioni, con il procuratore europeo che supervisiona le indagini e si attenga alle direttive e alle istruzioni dallo stesso impartite;
- prevedere che, nel caso di indagini transnazionali, il procuratore delegato cooperi con i procuratori delegati degli altri Stati membri dell'Unione europea mediante scambio di informazioni e prest

la richiesta assistenza, salvo l'obbligo di segnalare al procuratore europeo incaricato della supervisione e di consultare il procuratore delegato richiedente se: 1) la richiesta sia incompleta o contenga un errore manifesto e rilevante; 2) l'atto richiesto non possa essere eseguito entro il termine fissato per motivi giustificati e oggettivi; 3) un atto di indagine diverso e meno intrusivo consenta di conseguire gli stessi risultati di quello richiesto; 4) l'atto di indagine richiesto o da eseguire non sia previsto dal diritto nazionale;

- prevedere che il magistrato del pubblico ministero, quando sia stato informato dell'avvio del procedimento di cui all'art. 27 del regolamento 2017/1939/UE, possa adottare e richiedere atti urgenti fino all'intervenuta decisione sull'avocazione da parte dell'Eppo, astenendosi dall'adozione di atti che possano precluderne l'esercizio;

- prevedere che il procuratore europeo delegato svolga le funzioni ai fini della proposizione degli atti di impugnazione;

- in relazione ai delitti di cui alla direttiva 2017/1371/UE, prevedere come obbligatoria la denuncia all'Eppo, fermo restando quanto stabilito dall'art. 331 c.p.p., nonché l'obbligo di informazione in relazione ai medesimi delitti da parte del pubblico ministero in ogni fase del procedimento, al fine dell'esercizio dei poteri di cui all'art. 27 del regolamento 2017/1939/UE;

- apportare ogni opportuna modifica alle norme processuali e ordinamentali al fine di dare piena attuazione alle previsioni del regolamento 2017/1939/UE, con particolare riguardo alle disposizioni non direttamente applicabili, e per coordinare le norme interne vigenti con quanto in esso previsto, prevedendo anche l'abrogazione delle disposizioni incompatibili con quelle contenute nel citato regolamento 2017/1939/UE.

#### 9. *Alcune riflessioni finali sull'avocazione e sull'archiviazione*

In conclusione, rispetto alla mole di interventi di adeguamento da effettuare, sembra opportuno soffermarsi, solo a titolo esemplificativo, su alcuni interessanti profili di studio.

Tra i vari interventi di coordinamento, ad esempio, l'istituzione dei procuratori europei delegati impone di intervenire sulle disposi-



zioni di ordinamento giudiziario e, in ragione della scelta sul numero e sulla collocazione dei relativi magistrati, di adeguare in particolare la previsione di cui all'art. 70 r.d. n. 12/1941, relativo alla costituzione dell'ufficio del pubblico ministero, nell'ambito del quale è chiamato ad operare il rappresentante della Procura europea.

Altresì necessario risulta l'intervento sull'art. 1 d.lgs. n. 106/2006, avente ad oggetto il ruolo del procuratore della Repubblica – quale titolare esclusivo dell'azione penale – e le modalità da ottemperare per l'assegnazione degli affari ai singoli sostituti all'interno dell'ufficio.

È noto che, in virtù della predetta titolarità, il procuratore della Repubblica può, sia nel progetto organizzativo, sia al momento dell'assegnazione per la trattazione del procedimento, «stabilire i criteri ai quali il magistrato deve attenersi nell'esercizio della relativa attività» pena la revoca dell'assegnazione.

Pertanto è necessario intervenire sulla disciplina di questo modello organizzativo – caratterizzato dal ricorso a meccanismi di controllo interni – in quanto la normativa regolamentare non prevede, rispetto ai poteri incisivi in ordine alla gestione del caso da parte del procuratore europeo delegato, alcun controllo esterno da parte di organismi diversi da quelli che costituiscono tale Procura europea.

Al fine di pervenire al corretto adeguamento del nostro ordinamento, risulta altrettanto delicata e meritevole del necessario approfondimento, se non altro per gli effetti che ne conseguono, la scelta riservata alla camera permanente (art. 36, par. 4, del regolamento) di riunire più procedimenti allo scopo di determinare l'esercizio dell'azione penale dinanzi al giudice di un unico Stato membro.

La stessa attenzione meritano altre soluzioni all'interno del regolamento 2017/1939/UE apparentemente in contrasto: da un lato si impedisce alla camera permanente di optare per l'archiviazione se un progetto di decisione propone di portarlo in giudizio (art. 36, par. 1, del regolamento); dall'altro si afferma che qualora, sulla base delle relazioni ricevute, ritenga di non decidere conformemente a quanto proposto dal procuratore europeo delegato, la camera permanente procede, ove necessario, a un proprio riesame del fascicolo prima di adottare una decisione definitiva o di impartire ulteriori istruzioni al procuratore europeo delegato (art. 35, par. 2, del regolamento).

Infine, un ulteriore momento di riflessione va riservato a fonda-

mentali istituti processuali operanti nella fase delle indagini preliminari, quali l'avocazione e l'archiviazione.

A proposito del primo istituto è evidente la specificità del diritto di avocazione esercitato dalla Procura europea rispetto all'avocazione disciplinata nel codice di rito: nel primo caso, si attesta il rispetto della ripartizione della legittimazione tra ufficio sovranazionale e quello nazionale; nel secondo, si assicura il controllo, di tipo apicale, ai fini del corretto esercizio della funzione giudiziaria all'esito dell'attività investigativa (artt. 412 c.p.p.).

Ecco la ragione per la quale il legislatore delegante si limita a prevedere un adeguamento normativo in caso di intervenuta decisione di avocazione delle indagini da parte dell'Eppo, al fine di attribuire all'ufficio del pubblico ministero procedente l'obbligo di trasmettere gli atti alla Procura europea secondo quanto stabilito dall'art. 27 regolamento 2017/1939/UE.

Sulla scelta di archiviare, così come disciplinata dall'art. 39 del regolamento, restano forti le perplessità che sono state, già da tempo, formulate in occasione del dibattito apertosi sulla scia delle proposte di creazione della Procura europea.

Le riserve sono state avanzate in merito all'assenza di controllo giurisdizionale quale connotato normale delle determinazioni favorevoli a non esercitare l'azione penale. La scelta è sembrata un cedimento alla natura obbligatoria dell'azione penale europea, ulteriormente criticata per la sottrazione al controllo giurisdizionale, fosse anche quello che gli ordinamenti nazionali riservano ai procedimenti interni<sup>36</sup>.

È davvero difficile da comprendere la soluzione formulata dall'art. 39 del regolamento, che richiama il rispetto del diritto nazionale solo per quanto concerne i casi che giustificerebbero il mancato esercizio dell'azione penale, elevando la scelta dell'organo inquirente da mera

<sup>36</sup> Cfr. T. RAFARACI, *Il controllo giurisdizionale delle attività del Pubblico ministero europeo e l'innesto delle indagini nel procedimento nazionale*, cit., pp. 334-335, secondo il quale la mancanza dei controlli si prospetterebbe, paradossalmente, come un momento di quella uniformità europea che assente a molti altri propositi, verrebbe ora a manifestarsi su un terreno altamente sensibile, data l'importanza di principio e sistematica che il controllo giurisdizionale sull'(in)azione riveste in diversi ordinamenti, quale garanzia di effettività dell'obbligo di esercitare l'azione penale.

richiesta a vera e propria decisione, con l'effetto di neutralizzare ciò che è il cardine dell'impianto codicistico nazionale: il controllo giurisdizionale, *super partes*, a garanzia del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale<sup>37</sup>.

Tanto meno può pronosticarsi, a questo punto, che renderà più facile l'adeguamento dell'ordinamento nazionale la previsione secondo la quale «la camera permanente non può decidere di archiviare il caso se un progetto di decisione propone di portarlo in giudizio» (art. 36, par. 1, del regolamento).

<sup>37</sup> Sul tema v, per tutti, G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994, p. 9, secondo il quale se l'obbligo è quello di provocare la giurisdizione, affinché sulla fondatezza di un'ipotesi di reato si pronunci il giudice, soltanto quest'ultimo può sindacare la legittimità dell'inazione, per scongiurare un governo discrezionale della *potestas agendi*; F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, pp. 511 ss.

*Abstract*QUESTIONI PROBLEMATICHE IN TEMA DI  
PROCURA EUROPEA

Con il regolamento 2017/1939/UE – relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata sull’istituzione della Procura europea (“Eppo”) – si è disciplinata l’istituzione di un nuovo ufficio inquirente, organo dell’Unione con personalità giuridica, legittimato a individuare, perseguire e portare in giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione previsti dalla direttiva 2017/1371/UE. L’analisi della fonte sovranazionale mira ad esaminare la struttura organizzativa dell’ufficio giudiziario sovranazionale, i confini della sua legittimazione, le modalità di svolgimento dell’attività investigativa e le successive determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale nonché a prospettare i necessari adeguamenti dell’ordinamento italiano allo stesso regolamento UE, sulla scorta delle direttive previste dalla legge-delega n. 117/2019.

PROBLEMATIC ISSUES CONCERNING THE EUROPEAN  
PUBLIC PROSECUTOR

Council Regulation 2017/1939/EU - implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office (“Eppo”) - regulated the establishment of a new Investigation Office, a Union body with legal personality, empowered to identify, prosecute and bring to justice the perpetrators of offences affecting the financial interests of the Union provided for in Directive 2017/1371/EU. The analysis of the supranational source aims to examine the organizational structure of the supranational judicial office, the boundaries of its legitimacy, the way in which the investigative activity is carried out and the subsequent determinations inherent in the exercise of criminal prosecution, as well as to propose the necessary adaptations of the Italian legal system to the same EU regulation, on the basis of the directives provided for by the law-delegation no. 117/2019.



# IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* NELLO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA

Tommaso Rafaraci\*

SOMMARIO: 1. *Ne bis in idem* e libertà di circolazione nel territorio dell'Unione europea. – 2. La base normativa e l'implementazione da parte della Corte di giustizia sullo sfondo del mutuo riconoscimento delle decisioni. – 3. Il *ne bis in idem* e la “materia penale” secondo i *criteri Engel*. – 4. Doppi binari sanzionatori: due percorsi e due mete – 5. Avanzata e ripiegamento della Corte europea dei diritti dell'uomo: l'anamorfose del *ne bis in idem* europeo. – 6. Un diritto comprimibile, sotto il vincolo della proporzionalità. – 7. Tra margini di apprezzamento legislativo ed esercizio della discrezionalità giudiziaria: quali limiti? – 8. Inesaustività del canone della proporzione delle sanzioni, *no close connection* processuale e prassi opache.

## 1. *Ne bis in idem* e libertà di circolazione nel territorio dell'Unione europea

Il principio *ne bis in idem* costituisce, com'è noto, presidio di certezza giuridica e, insieme, garanzia di un diritto individuale<sup>1</sup> – il diritto a non essere illimitatamente esposti all'esercizio dello *ius puniendi* – che assurge al rango di diritto fondamentale. Con tale significato, la preclusione di *bis in idem*, è infatti sancita, fra l'altro, oltre che dall'art. 14, par. 7, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, sia dall'art. 4, prot. 7 della CEDU, sia dall'art. 50 della Carta

\* Professore ordinario di Diritto Processuale Penale – Università degli Studi di Catania.

<sup>1</sup> Nei paesi di tradizione anglosassone la garanzia è espressa, pur con significati e accenti in parte diversi, dal divieto di *double jeopardy*, su cui v. G.C. THOMAS, *Double jeopardy: the History, the Law*, New York, 1998; D. S. RUDSTEIN, *Double jeopardy: a reference guide to the United State Constitution*, Westport, 2004; G. CONWAY, *Ne bis in idem in International Law*, in *International Criminal Law Review*, 2003, p. 221 ss. Nella dottrina italiana v. N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1981, p. 1001 ss. Con riferimento alla prassi del processo angloamericano v. anche V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1987, p. 156.

dei diritti fondamentali, che vietano di perseguire o condannare una persona per un reato per il quale sia già stata assolta o condannata con sentenza penale passata in giudicato. Così, per un verso, in forza dell'art. 4, prot. 7 CEDU, gli Stati aderenti alla CEDU e al relativo protocollo assumono l'obbligo di prevedere e assimilare il principio nei propri sistemi di giustizia penale, mentre, in forza dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, lo stesso principio viene esplicitamente riconosciuto, a un livello sopranazionale<sup>2</sup>, come diritto fondamentale dell'Unione europea, assumendovi medesimo significato e identica portata (salva una protezione più ampia) di quello sancito dalla CEDU<sup>3</sup>.

Peraltro, la collocazione del principio a tale superiore livello pone l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali al centro di un più ampio scenario, proprio dell'UE, relativo alla libertà di circolazione delle persone nel territorio dell'Unione, facendone, in questa prospettiva, un punto di forza nella costruzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), posto che il *ne bis in idem* si integra perfettamente nel

<sup>2</sup> Si tratta di un risultato ragguardevole. Invero, in tema di *ne bis in idem* internazionale si riflette chiaramente la tradizionale resistenza degli Stati a rinunciare *tout court* a quella importante espressione della propria sovranità che è costituita dall'esercizio della giurisdizione penale e che sfuma se vi si deve rinunciare per "rispetto" della giurisdizione penale esercitata da altro Stato. In ogni caso, è sul piano convenzionale che l'affermazione del principio ha cercato di farsi strada, dovendosi escludere, almeno secondo l'opinione prevalente, che il *ne bis in idem* costituisca norma di diritto internazionale consuetudinario. Al riguardo v. ad es., D. OEHLER, *The european system*, in M.C. BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, vol. II, *Procedural and Enforcement Mechanisms*, New York, 1999, p. 607 ss. Negativo è pure l'orientamento della Corte Costituzionale italiana, a partire dalla Corte Costituzionale, sentenza del 18 aprile 1967, n. 48, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1967, n. 1, p. 299, con nota di M. CHIAVARIO, *La compatibilità del bis in idem previsto dall'art. 11 comma primo c.p. con il diritto internazionale generalmente riconosciuto*. V. ampiamente al riguardo M. PISANI, *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in *Studi di Diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, p. 559 ss. In senso critico rispetto alle opinioni radicalmente scettiche v., però, almeno, G. CONWAY, *Ne bis in idem in International Law*, cit., p. 221 ss., N. GALANTINI, *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, in *Cassazione penale*, 2004, p. 3474 ss.; L. LUPARIA, *Litispendenza internazionale e principio del «ne bis in idem»*. *Uno studio introduttivo*, Milano, 2008, p. 59 ss.

<sup>3</sup> V. art. 52, par. 3 Carta dei diritti fondamentali.

“metodo” dichiaratamente prescelto dall’UE per il rafforzamento della cooperazione giudiziaria, in vista, appunto, della creazione di uno Spazio europeo di giustizia che tenga in equilibrio sicurezza e garanzie<sup>4</sup>.

È evidente infatti che il principio, in quanto implica di riconoscere – sebbene non nel senso dell’equipollenza a fini di esecuzione, bensì in quello della presa in considerazione a fini di preclusione di un secondo processo per lo stesso fatto – una decisione definitiva adottata in altro Paese (con “rinuncia” alla propria giurisdizione), chiama in causa, da un lato, proprio lo strumentario concettuale e i meccanismi del reciproco riconoscimento e, dall’altro, quell’esigenza di compatibilità delle legislazioni, da perseguire attraverso l’opera di ravvicinamento in materia tanto sostanziale che processuale, che agevola senz’altro il rispetto della preclusione di un secondo giudizio<sup>5</sup>.

## 2. *La base normativa e l’implementazione da parte della Corte di giustizia sullo sfondo del mutuo riconoscimento delle decisioni*

In quest’ottica, benché il principio fosse stato già da tempo oggetto di attenzione in ambito UE<sup>6</sup>, è segnatamente con il Trattato di

<sup>4</sup> In seno all’UE minor progresso si registra, nonostante le forti controindicazioni (anche in punto di garanzie individuali) delle *multiple prosecutions* in tema di litispendenza. In proposito v., volendo, T. RAFARACI, *Le misure contro i procedimenti penali paralleli nella decisione-quadro 2009/948/GAI*, in P. CORSO, E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, p. 513 ss.

<sup>5</sup> Sulle differenze tra autorità positiva del giudicato straniero e *ne bis in idem* v., per tutti, già N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Milano, 1984, p. 98 ss.

<sup>6</sup> A questo proposito occorre ricordare la Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all’applicazione del principio *ne bis in idem*, adottata a Bruxelles il 25 maggio 1987, resa esecutiva con l. 16 ottobre 1989, n. 350 ed entrata in vigore per l’Italia il 15 gennaio 1990. Il contenuto di tale convenzione è stato ripreso pressoché alla lettera negli artt. 54-58 della Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen. Successivamente, il *ne bis in idem* è ancora stato previsto – con disposizioni nella sostanza sempre riconducibili alla Convenzione del 1987 – in due importanti strumenti di cooperazione giudiziaria penale adottati nell’ambito del c.d. Terzo Pilastro dell’Unione europea: la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, adottata a Bruxelles il 26 luglio 1995, in GUCE C 316/48 del 27 novembre 1995, art. 7 e la Convenzione



Amsterdam e il rilancio, nel Consiglio Europeo di Tampere (ottobre 1999), dello strumento del reciproco riconoscimento come cardine per la costruzione dello SLSG, che il *ne bis in idem* torna a presentarsi quale elemento a sua volta essenziale per questa costruzione. D'altra parte, dopo il Trattato di Amsterdam, il *ne bis in idem* rinviene ormai una base normativa ascrivibile al diritto dell'UE all'interno del c.d. *acquis* di Schengen, negli artt. 54-58 della Convenzione di applicazione dell'omonimo Accordo<sup>7</sup>. E proprio pronunciandosi in via pregiudiziale<sup>8</sup> sugli artt. 54 e ss. della Convenzione Schengen, la Corte di giustizia, a partire dalla sentenza nei casi riuniti *Gözütok* e *Brügge*<sup>9</sup>, ha avviato l'elaborazione di una sempre più ricca giurisprudenza che ha contribuito non poco a implementare la portata del principio, nell'ottica della libertà di circolazione, assumendone gli elementi (decisione definitiva, stesso fatto, procedimento *in idem*)

europea relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, adottata a Bruxelles il 26 maggio 1997, in GUCE C 195 del 25 giugno 1997, art. 10. Anteriormente alla creazione dell'Unione europea, in diversi contesti, si ricordano in tema, altresì, la Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi adottata, a L'Aia il 28 maggio 1970, nell'ambito della Cooperazione politica europea (CPE), dalla Convenzione sul trasferimento dei procedimenti penali, adottata a Strasburgo del 15 maggio 1972, nell'ambito del Consiglio d'Europa.

<sup>7</sup> Convenzione adottata a Schengen il 19 giugno 1990, resa esecutiva con l. 30 settembre 1993, n. 388, ed entrata in vigore per l'Italia il 26 ottobre 1997. Tale Convenzione, sebbene non operante per tutti gli Stati delle Comunità europee, è stata integrata nel quadro dell'Unione europea nel 1999 (il c.d. *acquis* di Schengen), a seguito, come detto, del Trattato di Amsterdam, attraverso un apposito protocollo.

<sup>8</sup> Ai sensi dell'art. 35 TUE, come risultante dal Trattato di Amsterdam.

<sup>9</sup> Corte di giustizia, sentenza dell'11 febbraio 2003, *Gözütok* e *Brügge*, cause C-187/01 e C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87. Si tratta della prima sentenza emessa dalla Corte di Lussemburgo in materia ricadente nel c.d. Terzo Pilastro dell'UE. In tema v., fra i molti, J. VERVAELE, *Case Law*, in *Common Market Law Review*, 2004, f. 41, p. 795 ss.; E. SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1692 ss. Fra le sentenze di poco successive più rilevanti v. Corte di giustizia, sentenza del 10 marzo 2005, *Miraglia*, causa C-469/03, ECLI:EU:C:2005:156; Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 2006, *Van Esbroeck*, causa C-436/04, ECLI:EU:C:2006:165; Corte di giustizia, sentenza del 28 settembre 2006, *van Straaten*, causa C-150/05, ECLI:EU:C:2006:614; Corte di giustizia, sentenza del 28 settembre 2006, *Gasparini*, causa C-467/04, ECLI:EU:C:2006:610.

secondo accezioni tutt'altro che restrittive, che trovano il loro seguito negli scrutini ormai riferiti all'art. 50 Carta dei diritti fondamentali.

### 3. *Il ne bis in idem e la «materia penale» secondo i criteri Engel*

Distinti problemi e il percepito bisogno di altri accenti ed equilibri manifesta, invece, l'analisi del *ne bis in idem ex art. 50 Carta dei diritti fondamentali*, nella prospettiva del giudizio sui sistemi nazionali a c.d. doppio binario sanzionatorio. In questa prospettiva la questione che si è posta è se la norma europea osti a un fenomeno che attiene ad assetti tutti interni ai sistemi repressivi degli Stati membri e che, proprio per questo, chiama in causa, *mutatis mutandis*, anche (e, anzi, soprattutto) la giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, a mente dell'art. 4, prot. 7 CEDU.

In effetti, entrambe le Corti si sono pronunciate in proposito, assumendo, in ultima analisi, conclusioni non dissimili. Ma, come si vedrà, non è stato un esito né scontato, né privo – soprattutto sul fronte convenzionale – di ricadute discutibili in punto di chiarezza dei lineamenti della garanzia.

Si richiami l'essenziale: *ne bis in idem* vuol dire preclusione nascente dalla decisione passata in giudicato; quando questa sia sopraggiunta, sarà da lì in poi vietata ogni iterazione (o prosecuzione) dell'esercizio dello *ius puniendi*<sup>10</sup> che riguardi ancora lo stesso oggetto e la stessa persona. Sul presupposto di una decisione definitiva, l'ambito della preclusione risulta quindi delineato, oltre che dalla medesimezza della persona, da ciò che si intenda per stesso oggetto (*idem*) e da ciò che si intenda per iterazione (dell'esercizio) dello *ius puniendi* (*bis*). Si tratta, com'è evidente, della individuazione di significati decisivi per disegnare i confini, e, all'interno di questi, anche la “tenuta” del principio, essendo ben noto, del resto, che la gran parte delle “diatribe” in materia verte da sempre su tali elementi. In questa sede bastano appena due notazioni.

Quanto all'*idem*, il valore del principio verrebbe sostanzialmente tradito intendendo l'*idem* non come fatto naturalistico ma come fatti-

<sup>10</sup> Ci si riferisce, naturalmente, al *ne bis in idem* c.d. processuale.

specie astratta (*nomen iuris*) idonea a inquadrarlo; tuttavia, al riguardo, qui è sufficiente ricordare come l'evoluzione sia avanzata fino al rassicurante rigetto di tale impostazione<sup>11</sup>.

Quanto, invece, al *ne bis* (divieto di iterazione dell'attività volta a perseguire lo *ius puniendi*), resiste la nozione fondata sulla qualificazione penale data dall'ordinamento ai procedimenti, a sua volta solitamente dipendente dalla qualificazione come altrettanto penale dell'illecito, e relativa sanzione<sup>12</sup>, per il quale si procede, con la conseguente esclusione dall'orbita della garanzia<sup>13</sup> di ogni procedura sanzionatoria ascritta ad altro arsenale repressivo. Su quest'ultimo fronte, pertanto, l'evoluzione verso la denuncia di una certa "frode delle etichette", consumata all'ombra dei diffusi sistemi "a doppio binario sanzionatorio" (amministrativo e penale), pur avviata, ha incontrato non pochi ostacoli.

È una vicenda che si dipana, come anticipato, attraverso i contributi della Corte europea dei diritti dell'uomo e parallelamente della Corte di giustizia. Ciò non certo a caso. In particolare, la prima Corte, a salvaguardia dell'effettività della propria giurisdizione di censura delle violazioni dei diritti fondamentali sanciti nella CEDU e nei relativi protocolli, si è da tempo dotata dello strumento per ricondurre in seno a una più ampia nozione di "materia penale" (con conseguente applicazione delle pertinenti garanzie, tra cui il *ne bis in idem*), espressioni di potestà sanzionatoria statuali che, pur se altri-

<sup>11</sup> Nella giurisprudenza convenzionale richiamo saliente può esser fatto al *leading case* costituito da Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, par. 52, con richiami a precedenti conformi. Nell'ordinamento italiano, si segnala – con specifico riguardo ai rapporti tra concorso formale di reati e *ne bis in idem* – la Corte Costituzionale, sentenza del 21 luglio 2016, n. 200, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4, prot. 7 CEDU, nella parte in cui secondo il diritto vivente esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.

<sup>12</sup> Forse sarebbe più corretto anteporre al riferimento all'illecito, quello alla sanzione, posto che di solito è la comminatoria di sanzioni qualificate come penali a determinare la natura anch'essa penale dell'illecito.

<sup>13</sup> Tanto in chiave attiva (decisione precludente), quanto in chiave passiva (iterazione preclusa).

menti qualificate, presentano connotati sostanzialmente punitivi, alla stregua dei c.d. *criteri Engel*<sup>14</sup>, che poi anche la Corte di giustizia, a sua volta, ha fatto propri<sup>15</sup>.

#### 4. *Doppi binari sanzionatori: due percorsi e due mete*

Ad essere direttamente coinvolti in questa vicenda sono soprattutto il settore degli abusi di mercato e, ancor di più, quello tributario, trattandosi di campi dell'ordinamento fortemente presidati da un sistema repressivo proprio, che convive con quello penale, senza arretrare, allorché la violazione amministrativa – nei casi di maggiore gravità dell'illecito – costituisca anche reato. Prendendo a paradigma quello tributario, consta che i due procedimenti repressivi corrono paralleli fino a fine corsa, autonomi pressoché in ogni senso. La loro contestualità non genera litispendenza, così come la decisione definitiva nell'uno non preclude l'inizio (o la prosecuzione) dell'altro<sup>16</sup>. Né si determina, quindi, tecnicamente, alcun "conflitto pratico" di giudicati, quando si pervenga a due decisioni definitive nelle due sedi. Invero, la disposizione dell'art. 21, co. 2, d. lgs. 74/2000, che stabilisce che la sanzione amministrativa definitivamente applicata sia eseguibile solo quando il procedimento penale si sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o

<sup>14</sup> V. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza dell'8 giugno 1976, ricorso n. 5100/71, *Engel c. Paesi Bassi*, par. 82. Si tratta dei seguenti parametri: a) la qualificazione giuridica data alla sanzione dal diritto interno; b) la natura dell'illecito; c) la natura e gravità della sanzione. Mentre il primo costituisce punto di avvio dell'indagine, il secondo e il terzo possono assumere autonoma decisività ma anche essere valutati congiuntamente, ove ciò occorra per giungere a una conclusione chiara circa la ricorrenza della materia penale. In tal senso v., ad es., Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 23 novembre 2006, ricorso n. 73053/01, *Jussilia c. Finlandia*, par. 30-31.

<sup>15</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 5 giugno 2012, *Bonda*, causa C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319; Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

<sup>16</sup> Cfr., nell'ambito di un'approfondita indagine volta a discernere le relazioni «asimmetriche» fra litispendenza e *ne bis in idem* processuale, v. M. BONTEPELLI, *La litispendenza penale*, Milano, 2017, p. 25 ss., 53 ss., 207 ss.

di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto, risponde all'esigenza sostanziale di impedire effetti di cumulo sanzionatorio, in linea con il principio di specialità dettato dall'art. 19 d. lgs. n. 74/2000<sup>17</sup>.

La legittima convivenza, *usque ad exitum*, dei due procedimenti e dell'applicazione (se non della esecuzione) delle relative sanzioni, è espressione della sempre confermata eterogeneità dei due binari repressivi, penale ed extrapenale. Nessuna preclusione, nessun *bis in idem*, dunque, ma, semmai, proprio sul presupposto contrario della scontata coesistenza dei due procedimenti sullo stesso fatto, si aprirebbero spazi per un coordinamento tra essi. In quest'ambito, le opzioni di sistema possono presentarsi anche sensibilmente diverse, a seconda che spingano o frenino tale coordinamento. E al riguardo si deve notare che il sistema vigente, per ragioni che non è questa la sede per approfondire<sup>18</sup>, non è affatto orientato alla istituzione di trasparenti meccanismi di coordinamento tra i due procedimenti. Si consideri che l'uno non è in grado di generare sull'altro fenomeni sospensivi. Infatti, se, da un lato, l'art. 20 d. lgs. n. 74/2000 vieta di sospendere il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipenda la relativa sanzione, dall'altro, in sede penale, né l'art. 3 c.p.p., né l'art. 479 c.p.p. sembrano autorizzare la sospensione del processo

<sup>17</sup> L'art. 19, d. lgs. n. 74/2000 dispone che «Quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale». V. A. TRAVERSI, *Commento all'art. 19*, in I. CARACCIOLI, A. GIARDA, A. LANZI (a cura di), *Diritto e procedura penale tributaria (Commentario al Decreto legislativo 10 marzo 2000 n. 74)*, Padova, 2001, p. 477 ss. Si segnala fin da ora che la giurisprudenza fornisce solitamente una lettura del tutto riduttiva non solo della norma ma anche della *ratio* dell'art. 19. Al riguardo, in tema di omessi versamenti di ritenute o di Iva, v. *infra*, par. 8.

<sup>18</sup> Il sistema italiano è cambiato nel tempo: dalla pregiudiziale tributaria, alla sua abolizione (anche in esito alla diversa configurazione delle fattispecie incriminatrici), fino al regime attuale in cui il giudice penale conosce direttamente della evasione fiscale. Per i passaggi essenziali di questa evoluzione v., all'indomani del d. lgs. n. 74/2000, P. CORVI, *Commento all'art. 20*, in I. CARACCIOLI, A. GIARDA, A. LANZI (a cura di), *Diritto e procedura penale tributaria*, cit., p. 487 ss. per una sintesi recente cfr. anche G.L. SOANA, *I reati tributari*, Milano, 2018, p. 3 ss.

(il primo) o del dibattimento (il secondo) per la pendenza del procedimento o del processo tributario<sup>19</sup>. E in coerenza con questo regime si pone l'assetto che pare escludere ogni vincolo di giudicato, segnatamente – e nonostante la sua innegabile influenza – del giudicato penale nella sede tributaria<sup>20</sup>. Resta aperta la possibilità, sebbene nei margini consentiti dalle rispettive regole probatorie, di acquisire nell'una sede elementi di prova formati nell'altra, ivi comprese le sentenze<sup>21</sup>.

A parte si collocano poi le ricadute processuali – sullo sviluppo del procedimento penale – del meccanismo premiale-sostanziale di recente conio che, a certe condizioni, fa seguire all'estinzione, mediante integrale pagamento<sup>22</sup> del debito tributario, comprese sanzioni amministrative e interessi, la declaratoria di non punibilità per il reato (art. 13 d. lgs. n. 74/2000) oppure (ma in questo caso senza effettive ricadute processuali) l'integrazione di una circostanza attenuante ad effetto speciale (art. 13 *bis* d. lgs. n. 74/2000)<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> V. P. CORVI, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, in A. GIARDA, A. PERINI, G. VARRASO (a cura di), *La nuova giustizia penale tributaria. I reati. Il processo*, Padova, 2016, p. 461 ss.; G. PIZIALI, *Il processo penale per l'accertamento dei reati tributari*, in R. BORSARI (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova, 2013, p. 332 ss.

<sup>20</sup> Sulle difficoltà cui va incontro l'applicazione dell'art. 654 c.p.p., nonostante la visibile rilevanza della sentenza penale irrevocabile in sede tributaria, v., anche per riferimenti giurisprudenziali, P. CORVI, *I rapporti*, cit., p. 483 ss. P. CORSO, *Giudicato penale, giudizio tributario e ruolo della Suprema Corte*, in *Corriere Tributario*, 2009, n. 37, p. 3025 ss. Quanto all'acquisizione delle sentenze del giudice tributario nella sede penale, sebbene l'art. 238 *bis* c.p.p. non sembri esplicitamente prestarsi, nella prassi si tende a consentirla, quantomeno se si tratti di sentenze divenute irrevocabili (v., ad es., Corte di Cassazione, sentenza del 24 settembre 2008, n. 39358, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2009, p. 658).

<sup>21</sup> V. G. BOCELLARI, *La reciproca utilizzabilità degli atti nell'accertamento tributario e nel procedimento penale*, in A. GIARDA, A. PERINI, G. VARRASO (a cura di), *La nuova giustizia penale tributaria*, cit., p. 497 ss.; P. CORVI, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, cit., p. 472 ss.

<sup>22</sup> Anche a seguito di procedure conciliative e di adesione all'accertamento o del ravvedimento operoso.

<sup>23</sup> V. più ampiamente *infra*, par. 8.

5. *Avanzata e ripiegamento della Corte europea dei diritti dell'uomo: l'anamorfose del ne bis in idem europeo*

Com'è noto, la sentenza della Corte di Strasburgo *Grande Stevens*<sup>24</sup>, affermando – in materia di abusi di mercato – che l'avvio di un processo penale sugli stessi atti per i quali sono state comminate sanzioni amministrative viola l'art. 4, prot. 7 della CEDU relativo al divieto del *bis in idem*, trasse l'unica conclusione coerente con l'ascrizione del binario sanzionatorio amministrativo alla materia penale. Ma specularmente, il successivo, altrettanto noto ripiegamento verso conclusioni assai meno radicali, dettato dalla necessità di scongiurare gli effetti deflagranti della crisi dei sistemi a doppio binario sanzionatorio, sconta il limite di una evidente emarginazione della garanzia processuale genuinamente intesa (che, pure, sarebbe quella primariamente dettata dall'art. 4, prot. 7 CEDU e dall'art. 50 Carta dei diritti fondamentali) nonostante si continui ad ascrivere il binario sanzionatorio amministrativo alla “materia penale”.

Ed invero, dopo averla “svelata”, in *Grande Stevens*, in tutta la sua composità di *bis*, la Corte europea dei diritti dell'uomo in *A. e B. c. Norvegia*<sup>25</sup> ha rimodulato la relazione tra il binario amministrativo e quello penale, assumendo – sulla base di alcuni propri precedenti<sup>26</sup> – che non si dà violazione dell'art. 4, prot. 7 CEDU allorché i due procedimenti siano connessi in modo sufficientemente stretto dal punto di vista materiale e temporale (*sufficient close connection in substance and time*), alla stregua di alcuni indicatori da riscontrare e valutare nel caso concreto<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 marzo 2014, ricorso n. 18640/10, *Grande Stevens e a. c. Italia*.

<sup>25</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 15 novembre 2016, ricorsi nn. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*; v. anal. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*.

<sup>26</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 maggio 2014, ricorso n. 11828/11, *Nikänen c. Finlandia*; sentenza del 20 maggio 2014, ricorso n. n. 758/11, *Hakka c. Finlandia*; sentenza del 27 novembre 2014, ricorso n. 7356/10, *Lucky Dev. C. Svezia*; sentenza del 13 dicembre 2005, ricorso 73661/01, *Nilsson c. Svezia*.

<sup>27</sup> V. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *A e B c. Norvegia*, parr. 126-132. Il nesso temporale, che non esige contestualità di svolgimento e di decisioni, deve concorrere con quello materiale. Quali elementi pertinenti per valutare l'esistenza di un nesso materiale sufficientemente stretto, la Corte europea indica: a) se le distinte procedure perseguono obiettivi complementari e riguardanti, non solo *in*

Questo riassetto su posizioni “duttili” ha sottratto alla sorte, virtualmente segnata, della illegittimità convenzionale i doppi binari sanzionatori, restituendo agli Stati un significativo margine di apprezzamento nell’articolazione dei propri ordinamenti repressivi, che potranno rispondere a diverse possibili impostazioni<sup>28</sup>, purché siano previste modalità di raccordo in linea con l’esigenza di una stretta relazione materiale e temporale fra i procedimenti e fra le sanzioni. Nel contempo, al di là delle etichette, tale riassetto segna, come si diceva, il definitivo congedo dalla prospettiva di garanzia propria del *ne bis in idem*, in questa materia forse troppo affrettatamente dedotta. Infatti, per un verso, la preclusione del secondo procedimento (vero contrassegno del *ne bis in idem*) cede il campo all’esigenza del coordinamento tra procedimenti di per sé entrambi parimenti legittimi anche dopo che uno si concluda con decisione definitiva; e, per altro verso, tra gli indici sostanziali più sensibili individuati per controllare che i due procedimenti si integrino in uno (così, metaforicamente, non costituendo *bis*<sup>29</sup>), figura quello dell’esistenza di meccanismi volti a evitare il cumulo sproporzionato di sanzioni, del tutto estraneo al profilo teleologico del *ne bis in idem* processuale.

*abstracto* ma anche in concreto, aspetti diversi dall’atto pregiudizievole alla società in causa; b) se il dualismo dei procedimenti risulti essere una conseguenza prevedibile, sia dal punto di vista del diritto che nella pratica, degli stessi comportamenti repressi (*idem*); c) se i procedimenti si sono svolti in una maniera che eviti, per quanto possibile, qualsiasi ripetizione nella raccolta e valutazione degli elementi di prova, principalmente attraverso un’interazione adeguata tra le diverse autorità competenti, facendo sembrare che la statuizione dei fatti effettuata in uno dei procedimenti è stata ripresa nell’altro; d) soprattutto – sottolinea la Corte europea – se la sanzione imposta al termine del processo è stata prima presa in considerazione nell’ultimo processo, in modo da non gravare in modo eccessivo sull’interessato, essendo quest’ultimo rischio meno suscettibile di presentarsi esistendo un meccanismo di compensazione che possa assicurare che l’insieme globale di tutte le sanzioni irrogate sia proporzionato.

<sup>28</sup> La Corte europea dei diritti dell’uomo – v. parr. 117 e 118 – nel mentre prende atto dell’effettiva diversità dei sistemi sanzionatori statuali, ricorda – anche alla stregua delle Conclusioni dell’Avvocato generale CRUZ VILLALÓN presentate il 12 giugno 2012, nella causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* – che alcuni Stati contraenti non hanno ratificato il prot. 7 mentre altri, in sede di ratifica hanno formulato riserve e dichiarazioni interpretative volte a limitare il vincolo ad applicare l’art. 4 alla sola materia qualificata come penale dal diritto interno.

<sup>29</sup> La Corte europea dei diritti dell’uomo si esprime al riguardo nei termini di «una combinazione di procedimenti che costituisce un insieme integrato».



La clausola della «connessione materiale e temporale sufficientemente stretta» opera, in sostanza, come limite all'esercizio del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati: attraverso un *test* basato su indicatori elastici, la Corte europea semplicemente si riserva un vaglio di ragionevolezza delle scelte nazionali, teso a verificare, di volta in volta, se i procedimenti *in idem* siano sufficientemente "integrati" da evitare che la loro pluralità produca inconvenienti sproporzionati per l'interessato.

#### 6. *Un diritto comprimibile, sotto il vincolo della proporzionalità*

Pur attraverso un *iter* argomentativo diversamente fondato<sup>30</sup>, a conclusioni sostanzialmente analoghe è pervenuta la Corte di giustizia in alcune successive e tra loro coeve pronunce della Grande Sezione relative all'art. 50 Carta dei diritti fondamentali<sup>31</sup>. In tale contesto, modificando l'impostazione seguita nella nota sentenza *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*<sup>32</sup>, il doppio binario sanzionatorio viene

<sup>30</sup> Diversità, questa, che non esclude l'incidenza della più recente interpretazione dell'art. 4, prot. 7 CEDU fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sull'interpretazione dell'art. 50 Carta dei diritti fondamentali. Infatti, a mente dell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali (secondo il quale, nella misura in cui la Carta contiene diritti corrispondenti a diritti garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali – salva la possibilità di una protezione più estesa – a quelli conferiti dalla suddetta convenzione), la Corte di giustizia, pur compiendo un percorso autonomo, tiene comunque conto ora del fatto che la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *A e B c. Norvegia*, cit., ha stabilito che un cumulo di procedimenti e di sanzioni tributarie e penali volte a reprimere una medesima violazione della legge tributaria non lede il principio del *ne bis in idem*, sancito all'art. 4, prot. n. 7 della CEDU, quando i procedimenti tributari e penali di cui trattasi presentano un nesso temporale e materiale sufficientemente stretto: v. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 20 marzo 2018, *Menci*, causa C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197, par. 60-61.

<sup>31</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, *Menci*, cit.; Grande Sezione, sentenza del 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA e a. c. Consob*, causa C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193.

<sup>32</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit. In tale occasione la Corte di giustizia aveva affermato che «il principio del "ne bis in idem" sancito all'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non osta a che uno membro imponga, per le medesime violazioni di obbli-

effettivamente considerato come una limitazione della garanzia del *ne bis in idem*, consentita sul fondamento della clausola dell'art. 52, par. 1, Carta dei diritti fondamentali, alle condizioni ivi prescritte e – segnatamente – la proporzionalità della limitazione. In questa prospettiva, i parametri indicati per il relativo *test* sono, almeno in parte, quelli già presenti in *A e B c. Norvegia*, ma prevalente rilievo viene dato al profilo dei cumuli sanzionatori, come risulta dall'enfasi con cui si insiste sulla garanzia che la severità del complesso delle sanzioni imposte corrisponda alla gravità dell'illecito di cui si tratta, secondo un'esigenza che viene esplicitamente fatta discendere non soltanto dall'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali, ma altresì dal principio di proporzionalità delle pene di cui all'art. 49, par. 3, della Carta medesima<sup>33</sup>.

ghi dichiarativi in materia di imposta sul valore aggiunto, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale, qualora la prima sanzione non sia di natura penale, circostanza che dev'essere verificata dal giudice nazionale». Nonostante si sia ritenuto diversamente (v. Corte di Cassazione, sentenza dell'8 aprile 2014, n. 20266), la pronuncia, non forniva affatto una lettura riduttiva della normativa europea (la garanzia di cui all'art. 50 Carta dei diritti fondamentali) che la Corte di giustizia era stata chiamata a interpretare. Infatti, benché l'ultima parola sulla natura delle sanzioni resti a questa stregua affidata al giudice nazionale, la convergenza di potestà sanzionatorie in tanto può dirsi legittima in quanto non si determini un cumulo di sanzioni penali (alla stregua dei criteri Engel), dovendo in caso contrario il giudice nazionale disapplicare la normativa interna in contrasto.

<sup>33</sup> V. Corte di giustizia, Grande Sezione, *Menci*, cit., par. 55. Sebbene sia tale la sensibilità prevalente, è comunque degno di nota come la stessa Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, cause riunite C-596/16 e C-597/16, ECLI:EU:C:2018:192, in materia di abusi di mercato, alla stregua delle caratteristiche del caso di specie, abbia operato una peculiare ponderazione della proporzionalità, tenendo conto dell'autorità del giudicato penale di assoluzione per insussistenza del fatto, nel procedimento per l'applicazione delle sanzioni amministrative, ai sensi dell'art. 654 c.p.p. In tale situazione, secondo la Corte di giustizia, la prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale eccederebbe manifestamente quanto necessario per conseguire l'obiettivo di proteggere l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari. Pertanto ha concluso che l'art. 14, par. 1, della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato)*, del 28 gennaio 2003, in GUUE L 96/16 del 12.4.2003, letto alla luce dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, va interpretato nel senso che

L'evocazione diretta di quest'ultima disposizione, concernente altro diritto fondamentale, è indicativa di come il *test* di proporzionalità del complesso delle sanzioni, almeno presso la Corte di giustizia, abbia non solo "invaso" lo spazio che, in vista di una *sufficiently close connection in substance and time*, sarebbe riservato a diverse ponderazioni ma, al contempo, anche creato la premessa per un'interferenza del profilo relativo alla proporzione delle pene sui connotati propri del *ne bis in idem*; ciò che potrebbe portare a ridurre la consistenza della garanzia anche al di là della specifica area problematica dei doppi binari sanzionatori.

7. *Tra margini di apprezzamento legislativo ed esercizio della discrezionalità giudiziaria: quali limiti?*

Del resto, non è casuale che, prendendo atto degli sviluppi registrati in ambito CEDU, non si manchi di attribuire alla sentenza *A e B c. Norvegia*, in termini alquanto ampi, se non generali, l'effetto di avere mutato per via interpretativa il contenuto della garanzia – fin lì intesa in senso esclusivamente processuale – stabilita nell'art. 4, prot. 7 della CEDU. Decisamente su questa linea si è attestata anche la Corte Costituzionale, in particolare con la sentenza n. 43 del 2018<sup>34</sup>, dove si segnala, appunto, «il carattere innovativo che la regola della sentenza

esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che abbia statuito non essere provati i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento.

<sup>34</sup> V. Corte Costituzionale, sentenza del 24 gennaio 2018, n. 43. Con questa pronuncia, proprio in considerazione della sopravvenienza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *A e B c. Norvegia*, cit., la Consulta ha restituito gli atti al giudice rimettente, il quale aveva prospettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4, prot. 7 CEDU, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della CEDU.

A e B contro Norvegia ha impresso in ambito convenzionale al divieto di “bis in idem” (...)), potendo dirsi, in sintesi, che si sia passati «dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata»<sup>35</sup>. Pertanto, «neppure si può continuare a sostenere che il divieto di “bis in idem” convenzionale ha carattere esclusivamente processuale, giacché il criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata». E, in ogni caso, non si è più, dunque, dinanzi a una «regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento», bensì di «un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una “close connection” è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro». Espliciti, in breve, gli esiti: «ciò che il divieto di “bis in idem” ha perso in termini di garanzia individuale, a causa dell'attenuazione del suo carattere inderogabile, viene compensato impedendo risposte punitive nel complesso sproporzionate»<sup>36</sup>.

Così intesi i connotati generali della garanzia, la conformità dei doppi binari sanzionatori resta, in effetti, giocoforza affidata all'uso di una discrezionalità guidata da parametri che, per quanto esprimano con chiarezza un'esigenza di stretto coordinamento tra procedimenti che non riescono ad attingere l'*optimum* della convergenza in unico binario, soffrono di una genericità resa inevitabile dal duplice obiettivo di superare le rigidità del *ne bis in idem* come preclusione e di mantenere, nel contempo, in capo agli Stati ampi margini di manovra sui modi e i termini per assicurare quel coordinamento.

<sup>35</sup> Così Corte Costituzionale, sentenza del 24 gennaio 2018, n. 43, par. 7, dove, altresì, si esemplifica nei seguenti termini: «se pertanto la prima sanzione fosse modesta, sarebbe in linea di massima consentito, in presenza del legame temporale, procedere nuovamente al fine di giungere all'applicazione di una sanzione che nella sua totalità non risultasse sproporzionata, mentre nel caso opposto il legame materiale dovrebbe ritenersi spezzato per il divieto di bis in idem pienamente operante».

<sup>36</sup> *Ibidem*.

Il prezzo è, naturalmente, quello della incertezza, unita al rischio che la sostanziale convalida, in linea di principio, dei doppi binari sanzionatori e la prevalente importanza attribuita all'indicatore sostanzialistico della proporzionalità complessiva del trattamento sanzionatorio sospingano verso una deriva interpretativa che emargini come trascurabile persino quel che resta di una garanzia processuale divenuta impalpabile; a cui, occorrerebbe invece prestare adeguata attenzione, ricordando che, a rigore, la realtà di un secondo procedimento sanzionatorio *in idem* (ancorché per pretese punitive legittimamente concorrenti, e pur se sotto il vincolo della proporzione), resta comunque una forzatura da evitare<sup>37</sup>.

S'impone, dunque, un apprezzamento "a tutto tondo", compiutamente operato rispetto a tutti gli indicatori della connessione sufficientemente stretta, il cui esito non può dirsi scontato, essendo ben possibile che nell'analisi del singolo caso, oltre alle *defaillances* legate alla specie, ne emergano altre che attengono all'articolazione e al funzionamento in concreto del sistema a doppio binario. Con riferimento (peraltro non esclusivo) alla materia tributaria, lo rammenta, ancora la Corte Costituzionale: pur riconoscendo che dopo la sentenza *A e B c. Norvegia* l'applicazione del divieto convenzionale di *bis in idem* alle ipotesi di duplicazione dei procedimenti sanzionatori per il medesimo fatto sarà meno probabile, avverte come «non è affatto da escludere che tale applicazione si imponga di nuovo, sia nell'ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell'ordinamento, ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato legame temporale e materiale, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedurali».

Per queste ragioni, onde prevenire di essere chiamata ad operazioni additive impraticabili, anche dopo *A e B c. Norvegia*, la Consulta ha ribadito l'invito al legislatore – già comprensibilmente formulato nel più "allarmante" contesto immediatamente successivo alla sentenza *Grande Stevens*<sup>38</sup> – «a stabilire quali soluzioni debbano adot-

<sup>37</sup> Sul punto v. M. BONTEMPELLI, *La litispendenza penale*, cit., p. 66 ss., 150 ss., 198 ss.

<sup>38</sup> V., sia pure in tema di abusi di mercato, Corte Costituzionale, sentenza del 12 maggio 2016, n. 102: già in tale occasione la Corte ha escluso, fra l'altro, di poter operare interventi additivi sull'art. 649 c.p.p., che avrebbero per di più esposto tale norma a conseguenti censure di incostituzionalità per irragionevolezza. In proposi-

tarsi per porre rimedio alle frizioni che il sistema del cosiddetto doppio binario genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU»<sup>39</sup>.

8. *Inesaustività del canone della proporzione delle sanzioni, no close connection processuale e prassi opache*

Non potrebbe dirsi, dunque, chiusa ogni questione sulla legittimità convenzionale ed europea dei doppi binari sanzionatori. Considerando ancora quello tributario – che, come si è notato, non risulta affatto orientato alla realizzazione di una connessione sufficientemente stretta tra i procedimenti<sup>40</sup> – la mancanza di adeguati raccordi non pare revocabile in dubbio neppure alla luce di pronunce quale quella della Corte di giustizia nella causa *Menci*<sup>41</sup>, tutta tesa ad escludere la violazione del *ne bis in idem* sulla scorta di considerazioni polarizzate sul profilo della proporzione complessiva delle sanzioni, peraltro, su questo stesso piano, attraverso una lettura poco convincente di alcuni aspetti della normativa italiana vigente.

Si allega, in primo luogo, che la normativa nazionale consente di avviare procedimenti penali anche dopo l'inflizione di una sanzione amministrativa che chiude definitivamente il relativo procedimento,

to v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, n. 1, p. 186 ss.

<sup>39</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 24 gennaio 2018, n. 43, cit., par. 9.

<sup>40</sup> Appaiono invero inevitabilmente incerti gli standard della stretta connessione emergenti dalle decisioni di legittimità in cui la Corte di Cassazione ha inteso applicare criteri distinti da quello della proporzionalità sanzionatoria: v. Corte di Cassazione, sentenza del 22 settembre 2017, n. 6993, con nota di G. GAETA, *Dove non arriva il principio: il ne bis in idem tra sanzioni tributarie e politica giudiziaria delle Corti superiori*, in *Archivio penale*, 2018, n. 1; Corte di Cassazione, sentenza del 1° marzo 2017, n. 35156; Corte di Cassazione, sentenza del 22 maggio 2018, n. 52042. Decisamente orientata, invece, sul criterio sanzionatorio è (sebbene in materia non tributaria ma di abusi di mercato) Corte di Cassazione, sentenza del 16 luglio 2018, n. 45829.

<sup>41</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, *Menci*, cit. In tale caso alla stessa persona era stata irrogata una sanzione amministrativa per omesso versamento IVA divenuta definitiva e, in seguito, era stato avviato un procedimento penale per i medesimi fatti oggetto del procedimento amministrativo.

solo per illeciti di una certa gravità (misurata attraverso la previsione di soglie di punibilità)<sup>42</sup>. Si osserva, d'altronde, che l'art. 21 del d. lgs. n. 74/2000 non si limita a prevedere la sospensione dell'esecuzione forzata delle sanzioni amministrative nel corso del procedimento penale, ma che esso osta definitivamente a tale esecuzione dopo la condanna penale dell'interessato<sup>43</sup>. Si fa leva, ancora, sul fatto che, in base all'art. 13 d. lgs. 74 del 2000, il pagamento volontario del debito tributario, purché riguardi parimenti la sanzione amministrativa inflitta all'interessato, costituisce una circostanza attenuante speciale di cui tenere conto nell'ambito del procedimento penale<sup>44</sup>. Si conclude, pertanto – sia pure rimandando la valutazione del caso di specie al giudice del rinvio – che la normativa nazionale prevede condizioni idonee a garantire che le autorità competenti limitino la severità del complesso delle sanzioni imposte a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato commesso, sì da garantire il non eccessivo aggravio dei procedimenti<sup>45</sup>.

Rispetto a simile paradigma, già sul piano sostanziale viene spontaneo però osservare, in primo luogo, che non pare del tutto pertinente allegare che il sistema si articola secondo una gradualità che attribuisce rilevanza penale solo alle violazioni più gravi, dato che il problema del doppio binario sanzionatorio si pone, appunto, allorché, oltrepassato quel livello di gravità, azione penale e procedura amministrativa concorrono. Vero è, poi, che l'art. 21 d. lgs. n. 74 del 2000 non solo sospende ma anche osta definitivamente all'esecuzione della sanzione amministrativa dopo la condanna penale; e tuttavia, proprio in materia di omessi versamenti (di IVA come di ritenute) si registra, non smentita, un'interpretazione che nega la sussistenza di un rapporto di specialità (prospettando invece una "progressione") tra la norma amministrativa e quella penale, così escludendo l'ap-

<sup>42</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, *Menci*, cit., par. 54. Sul ruolo delle soglie di punibilità nel sistema penale tributario italiano v., per interessanti spunti, M. CAPUTO, In limine. *Natura e funzioni politico-criminali delle soglie di punibilità nei reati tributari*, in R. BORSARI (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, cit., p. 27 ss.

<sup>43</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, *Menci*, cit., par. 56.

<sup>44</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, *Menci*, cit., par. 56.

<sup>45</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, *Menci*, cit., par. 57.

plicazione dell'art. 19 d. lgs. 74 del 2000 e neutralizzando l'efficacia dell'art. 21 citato<sup>46</sup>. Ancora, in una esplicita deroga al principio di specialità – sul presupposto, evidentemente, che esso non esiga, in materia, particolare considerazione – si risolve la previsione di una circostanza attenuante speciale, subordinata al pagamento, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, non solo del tributo ma anche della sanzione amministrativa<sup>47</sup>.

Semmai, è dopo le modifiche apportate all'art. 13 d. lgs. n. 74 del 2000 dal d. lgs. n. 158 del 2015 che, limitatamente ad alcuni reati e solo a certe condizioni (rispettivamente dettate al co. 1 e al co. 2), il tempestivo pagamento del tributo e delle sanzioni, elevato a causa di non punibilità, sortisce effetti sostanziali e chiude il binario penale senza alcun aggravio. Si entra, però, così nel campo delicato della “premiabilità”, di per sé ispirato a ragioni utilitaristiche in cui la “minaccia” penale e la “promessa” della sua neutralizzazione non sono affatto segno di equilibrato e trasparente raccordo all'interno del doppio binario (semmai, al contrario, la monetizzazione del rischio penale può talvolta destare perplessità) ma appaiono dirette a perseguire obiettivi di “cassa” per l'Erario.

La prassi, del resto, testimonia abbondantemente come il raggiungimento di un accordo con l'Amministrazione finanziaria, che ne soddisfi le pretese, offre spazi per quantificazioni dell'imposta evasa e/o riquantificazioni giuridiche dei fatti, suscettibili di rifluire, più o

<sup>46</sup> V. le note Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 28 marzo 2013, n. 37424, in materia di omesso versamento di IVA (art. 10 *ter* d. lgs. n. 74/2000) e Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 28 marzo 2013, n. 37425, in materia di omesso versamento di ritenute (art. 10 *bis* d. lgs. n. 74/2000). In tema cfr., per tutti, E.M. MANCUSO, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in A. GIARDA, A. PERINI, G. VARRASO (a cura di), *La nuova giustizia penale tributaria*, cit., p. 545.

<sup>47</sup> V. il comma 1 dell'art. 13 *bis* (articolo, questo, inserito nel d. lgs. n. 74/2000 dal d. lgs. n. 158/2015). L'attenuante opera fatte salve le ipotesi in cui, come si dirà subito di seguito nel testo, tale adempimento costituisce causa di non punibilità. Si consideri, poi, che il medesimo adempimento – sempre fuori dei casi in cui ad esso consegue la non punibilità – costituisce condizione per l'accesso al patteggiamento: un regime che la Corte Costituzionale, sentenza del 14 maggio 2015, n. 95 ha reputato legittimo, dichiarando infondata la tesi che esso contrasti con gli artt. 3 e 24 Cost.; nello stesso senso v., ad. es., Corte di Cassazione, sentenza del 18 maggio 2017, n. 38210.



meno avvertitamente, sull'azione e sul procedimento penale, semplificandone gli sviluppi ed epiloghi<sup>48</sup>.

Si tratta di prassi che vivono in un contesto alquanto indefinito, in linea con una regolazione dei rapporti tra procedimento amministrativo (in senso stretto ma anche contenzioso) e procedimento penale che, come si è visto, quantomeno in punto di coordinamento, si presenta assai lasca<sup>49</sup>.

In questo assetto, che pare contare troppo ottimisticamente sul raggiungimento di un equilibrio "spontaneo" del sistema, neppure una più netta e trasparente regolazione dei profili sostanziali attinenti alla proporzione del complessivo carico sanzionatorio sembra poter assorbire gli interrogativi che permangono sugli ulteriori aspetti – di nuovo in risalto, a scanso di equivoci, in una recente decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>50</sup> – che integrano la connessione stretta tra procedimenti.

<sup>48</sup> In tal senso, E.M. MANCUSO, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, cit., p. 554.

<sup>49</sup> *V. retro*, par. 4. E ciò neppure involontariamente ma come opzione, per quanto opinabile, radicalmente contraria ad ogni "pregiudiziale".

<sup>50</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 aprile 2019, ricorso n. 72098/14, *Bjarni Armannsson c. Islanda*. V. A. GALLUCCIO, *Non solo proporzione della pena: la Corte Edu ancora sul bis in idem*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7 maggio 2019.

*Abstract*IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* NELLO SPAZIO DI  
LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA

Il presente lavoro illustra sinteticamente il principio del *ne bis in idem* nell'Unione europea e nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Dopo una parte iniziale in cui si sottolinea il ruolo giocato dalla Corte di giustizia nell'implementazione del principio in prospettiva della costruzione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ci si sofferma sulla questione della compatibilità con il principio medesimo dei c.d. doppi binari sanzionatori, analizzando in chiave anche critica i passaggi e gli esiti del confronto sviluppatosi in proposito tra le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia.

THE PRINCIPLE OF *NE BIS IN IDEM* IN THE AREA OF  
FREEDOM, SECURITY AND JUSTICE

This paper briefly describes the principle of *ne bis in idem* in the European Union and in the framework of the European Convention on Human Rights. After underlining the role played by the Court of Justice in the implementation of the principle in view of the creation of an Area of Freedom, Security and Justice, the paper examines the question concerning the compatibility of dual track sanctioning systems with this same principle by critically analysing steps and results of the confrontation between decisions of the European Court of Human Rights and the Court of Justice.



# NOTE SULLA TUTELA PENALE DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE EUROPEA

*Francesco Rotondo\**

SOMMARIO: 1. Le competenze della Procura europea a tutela degli interessi finanziari dell'UE. – 2. Gli «Interessi finanziari dell'Unione» come bene giuridico. – 3. Le differenti modalità di aggressione e gli strumenti processuali di tutela. – 4. Interessi finanziari e principi fondamentali: dalla sentenza *Taricco* alla Direttiva PIF 2017/1371.

## 1. *Le competenze della Procura europea a tutela degli interessi finanziari dell'UE*

La questione relativa alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione si interseca ora con la grande sfida che pone al sistema penale europeo e a quello dei paesi membri la piena operatività della Procura Europea (*European Public Prosecutor's Office* – EPPO)<sup>1</sup>.

\* Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Salerno – Formatore decentrato della Scuola Superiore della Magistratura.

<sup>1</sup> AA.VV., *L'istituzione del procuratore europeo e la tutela degli interessi finanziari dell'Unione*, in L. CAMALDO (a cura di), Torino, 2014, tra cui, con particolare riferimento a quello che qui interessa, A. VENEGONI, *Dalla convenzione PIF alla proposta di direttiva per la tutela degli interessi finanziari dell'UE attraverso il diritto penale*, p. 35 ss.; S. MANACORDA, *La clausola di sussidiarietà nel rapporto tra diritto penale europeo e sistemi penali nazionali*, p. 61ss.; F. SPIEZIA, *Gli scenari per l'istituzione del procuratore europeo alla luce del trattato di Lisbona e i rapporti con Eurojust*, p. 127 ss.; sulla Procura europea, inoltre, L. PICOTTI., *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013; L. CAMALDO, *L'istituzione della Procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cassazione penale*, 2018, n. 3, p. 958 ss.; F. MANFREDINI, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l'attività investigativa della Procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 11, p. 4211 ss; R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto penale «armonizzato»? Le questioni in gioco*, in *DPC*, 2013; R. SICURELLA, *Spazio europeo e giustizia penale: l'istituzione della Procura europea*, in *Diritto penale e processo*, 2018, n. 7, p. 845 ss.; S. RECCHIONE, *European Public Pro-*

Secondo l'art. 4 del regolamento 2017/1939/UE *relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea*, infatti, l'EPPO è competente per individuare e perseguire gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione previsti dalla direttiva 2017/1371/UE.

Ma è nel successivo art. 22 par. 1 che i suoi compiti vengono specificati individuandoli nella competenza a perseguire i reati previsti dalla direttiva 2017/1371/UE, come attuata dal diritto nazionale, con la precisazione che per le frodi IVA intracomunitarie la competenza scatta solo se esse siano commesse nel territorio di due o più Stati membri e comportino un danno complessivo pari ad almeno 10.000.000 di euro.

Conseguentemente, poi, l'EPPO è competente per i reati previsti dalla decisione quadro 2008/841/GAI riguardanti la partecipazione ad un'organizzazione criminale quando essa è finalizzata alla commissione di un reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione ed è "in ogni caso" competente per qualsiasi reato indissolubilmente connesso a una condotta criminosa rientrante nell'ambito di applicazione del par. 1 di detto articolo.

Nell'elenco che la direttiva fa delle condotte che dovranno costituire reato per gli Stati membri vengono elencati non solo quelle fraudolente, relative o meno ad appalti pubblici ed alle entrate siano esse o meno provenienti dall'IVA, ma anche il riciclaggio del denaro proveniente da tali condotte, la corruzione dei pubblici funzionari e l'appropriazione indebita da costoro posta in essere; figura quest'ultima corrispondente a quello che per il nostro ordinamento è il delitto di peculato.

## 2. *Gli «Interessi finanziari dell'Unione» come bene giuridico*

Fatta questa necessaria premessa descrittiva, si pone con tutta evidenza la prima delle domande alla quali è necessario rispondere nella

*secutor Office. Anche gli entusiasti diventano scettici?*, in DPC, 2014. Fondamentale B. SCHÜNEMANN, *Mindestbedingungen einer effektiven Verteidigung in transnationalen europäischen Strafverfahren*, in StV, 2016, p. 184 ss. Nella letteratura tedesca, inoltre, R. ESSER, *Die Europäische Staatsanwaltschaft: Eine Herausforderung für die Strafverteidigung*, in StV, 2014, p. 494.

sistemazione dommatica quando in diritto penale si analizzano una o più ipotesi di reato di parte speciale. E cioè: in che cosa consiste il bene giuridico<sup>2</sup> che noi riassumiamo parlando di interessi finanziari dell'Unione?

Qui può essere di aiuto la considerazione che il bilancio dell'Unione non è la somma dei bilanci nazionali. Fin dagli anni settanta l'Unione (allora Comunità) europea dispone di un proprio bilancio, che ammonta di recente a circa 150 miliardi di euro l'anno, e questo bilancio è formato certamente in massima parte dalle rimesse dei singoli stati effettuate in proporzione al loro PIL, ma è costituito anche da entrate proprie come ad esempio una (piccola parte) della quota dell'IVA riscossa dai singoli Stati, da diritti doganali, dai prelievi agricoli.

Dal punto di vista delle uscite, poi, questo denaro è utilizzato in vari modi, primo fra tutti (più della metà) quello diretto a favorire lo sviluppo e la coesione sociale di tutte le Regioni dell'Unione (i c.d. fondi strutturali) e poi spese per il personale, per la cultura, l'educazione e la ricerca scientifica<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Nell'imponente letteratura sul bene giuridico, senza alcuna pretesa di esautività ma certamente fondamentali: F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, estr. dal *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1973, XIX, p. 7 ss.; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; ID., *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in A. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma del diritto penale*, Napoli, 1985; G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1982, p. 7475; V. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico ed i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *RIDPP*, 1973, p. 3 ss.; D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *RIDPP*, 1983, p. 484 ss.; S. MOCCIA, *Tutela del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1993, p. 173 ss.; E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *RIDPP*, 1994, p. 333 ss. Più di recente e con specifico riguardo al tema che qui interessa: M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *DPC*, 2013, n. 4 ed ivi ampia bibliografia.

<sup>3</sup> A. VENEGONI, *Il concetto di «interessi finanziari dell'Unione europea ed il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 12, p. 4382 ss.; ID., *La definizione del reato di frode nella legislazione dell'Unione dalla Convenzione PIF alla proposta di direttiva PIF*, in *DPC*, 2016; M. LANOTTE, *L'impunità degli autori delle frodi carosello e le contromisure per la tutela degli interessi finanziari europei: la Direttiva PIF ed il Regolamento EPPO*, in *DPC*, 2019, n. 6, p. 189 ss.

Si tratta, quindi, di una relevantissima quantità di denaro pubblico che merita senz'altro tutela e le cui aggressioni possono certamente assumere le caratteristiche proprie di necessaria materialità che devono caratterizzare lesioni che intendano essere presidiate dal diritto penale.

Una prima considerazione può essere fatta con riguardo alla questione relativa a se il bene giuridico che indichiamo come “interessi finanziari dell'Unione europea” debba essere limitato o meno a quelle entrate sulle quali quest'ultima possa vantare una titolarità diretta quale mezzo di finanziamento proprio ed indipendente dall'intermediazione giuridica degli Stati membri<sup>4</sup>.

A noi sembra che se si assume la necessità di tutelare con il presidio del diritto penale il denaro che viene gestito dall'Unione europea non vi siano concrete ragioni materiali che rendano utile tale tipo di distinzione, ma appaia opportuno predisporre adeguati meccanismi di tutela a sua protezione indipendentemente dalla fonte dalla quale il denaro proviene, poiché tutto funzionale «(...) per conseguire i suoi obiettivi e portare a compimento le sue politiche» come previsto dall'art. 311 del Trattato».

Si muovono nell'ampio senso da noi ritenuto preferibile la definizione che del concetto di “interessi finanziari dell'Unione” dà l'art. 2 n. 3 del regolamento 2017/1939/UE indicandoli come «tutte le entrate e le spese e i beni coperti o acquisiti oppure dovuti in virtù del bilancio dell'Unione e dei bilanci delle istituzioni, organi, uffici e agenzie stabiliti a norma dei trattati o dei bilanci da questi controllati».

Allo stesso modo la direttiva PIF – recepita con la legge di delegazione europea 2018 del 4.10.2019, n. 117 – definisce a sua volta gli interessi finanziari dell'Unione come «tutte le entrate, le spese ed i beni che sono coperti o acquisiti oppure dovuti in virtù: a) del bilancio dell'Unione e b) dei bilanci di istituzioni, organi e organismi dell'Unione istituiti in virtù dei trattati o dei bilanci da questi direttamente o indirettamente gestiti e controllati, con la specificazione che per i reati in materia di entrate dalle risorse proprie provenienti dall'IVA la direttiva si applica solo ai reati gravi contro il sistema co-

<sup>4</sup> Sul punto S.M. RONCO, *Reati tributari e interesse finanziario dell'Unione europea*, in *Digesto delle Discipline Penali*, 2018, p. 613 ss.

mune dell'IVA che vengano posti in essere cioè nel territorio di due o più Stati membri e comportino un danno paesi ad almeno 10.000.000 di euro».

Se, quindi, a nostro sommosso avviso non vi sono particolari problemi per individuare il bene giuridico che ci interessa, va anche evidenziato – però – che nel corso del tempo non sono mancate perplessità con riguardo ad un'idea di Europa che pone al centro la tutela dei propri interessi finanziari<sup>5</sup> che, invece, parrebbero secondari nella gerarchia dei beni individuati dalla nostra Costituzione. Nonostante si registri, cioè, una sostanziale convergenza di vedute in ordine alla primazia degli interessi finanziari tra i beni giuridici meritevoli di tutela penale da parte dell'Unione europea<sup>6</sup>, resta però attuale il richiamo di quella parte della dottrina che evidenziava, come è stato posto bene in evidenza, che «(...) la costituzione di una comunità politica passi anche per la riaffermazione di valori di solidarietà e di tutela dei diritti fondamentali della persona umana (...)»<sup>7</sup> e che non esiste un codice penale di uno Stato che ponga al vertice degli interessi protetti le proprie risorse finanziarie, come parrebbe invece faccia l'Unione almeno a guardare allo sforzo normativo ed organizzativo che essa sta compiendo con l'istituzione della Procura europea.

### 3. *Le differenti modalità di aggressione e gli strumenti processuali di tutela*

Le modalità di aggressione nei confronti di questa rilevante massa di denaro, sia con riguardo ai danni alle entrate che a quelli alle uscite, rientrano (e vengono quindi trattati) nel concetto di “frode”; che rappresenta, quindi, l'archetipo dell'ipotesi di reato intorno al quale si è poi sviluppato il sistema di repressione delle condotte dirette a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione.

<sup>5</sup> S. BARATTA, *Il Corpus Juris e la cultura giurico-penale europea*, in S. MOCCIA (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004, p. 25 ss.

<sup>6</sup> Il riferimento è tratto da S. MANACORDA, *Il P.M. europeo le questioni aperte di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 5, p. 660 ss.

<sup>7</sup> S. MANACORDA, *Il P.M. europeo le questioni aperte di diritto penale sostanziale*, cit., p. 660 ss.



Nel nostro ordinamento la norma fondamentale è ancora oggi individuabile nell'art. 640 *bis* c.p. (preesistente alla Convenzione PIF del 1995), al quale si aggiunge l'art. 316 *ter* c.p. e le altre disposizioni che furono invece introdotte dalla l. n. 300 del 2000, attuativa della Convenzione stessa, come ad esempio l'art. 322 *bis* c.p. con il quale venivano estese le norme relative al peculato, alla concussione ed alla corruzione posti in essere da funzionari delle Comunità Europee).

La direttiva PIF del 2017 mantiene sostanzialmente inalterato il concetto di frode e vi aggiunge, come prima si accennava, in maniera specifica la materia degli appalti e quella delle frodi IVA.

Se dobbiamo rimandare ad altra sede una specifica analisi delle singole disposizioni che prevedono la punibilità delle ipotesi di reato che ledono o pongono in pericolo gli interessi finanziari dell'Unione, rimane però necessario verificare il fondamento normativo che è alla base delle scelte di criminalizzazione in tale materia.

Prima, però, è necessario sottolineare una delle più rilevanti novità che, proprio grazie alla l. n. 300 del 2000 ed alla Convenzione PIF di cui essa costituiva attuazione, sono intervenute nel nostro ordinamento. Intendiamo riferirci all'importante innovazione rappresentata dagli artt. 322 *ter*, 640 *ter* c.p. ed all'introduzione di ipotesi di confisca obbligatoria oltre che del profitto o del prezzo del reato anche della c.d. confisca per equivalente dei beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto.

L'istituto della confisca per equivalente o di valore<sup>8</sup> ha rappresentato, infatti, una vera e propria svolta nel contrasto alla criminalità *latu sensu* economica, tanto da essere largamente utilizzata dal legislatore con riguardo alle più svariate ipotesi di reato, come – in maniera solo esemplificativa – il riciclaggio (648 *quater* c.p.), il falso in bilancio (2641 c.c.), la contraffazione, l'alterazione o l'uso di marchio segni distintivi ovvero brevetti, modelli e disegni e l'introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.), i reati informatici (art. 240, co. 2 n. 1 *bis* c.p.), l'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 *bis* c.p.), i reati tributari (art. 12 *ter* d.lgs. n. 74/2000), la pedopornografia e la violenza sessuale nei confronti di minori (art. 600 *septies* c.p.), i reati per i quali è prevista una responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (art. 19 d. lgs. n. 231/2000).

<sup>8</sup> F. VERGINE, *Confisca*, in *Dig. Disc. Pen.*, 2016, p. 179 ss.

Si tratta, come appare di tutta evidenza, di un imponente apparato sanzionatorio<sup>9</sup> che, alla luce della nostra esperienza, può dirsi che abbia dato – specie nei reati tributari – davvero buona prova di sé e di cui siamo debitori nei confronti della normativa di derivazione comunitaria, consentendo attraverso il meccanismo del sequestro preventivo previsto dall'art. 321, co. 2 c.p.p. il recupero fin dalla fase cautelare di ingenti quantità di denaro illecitamente sottratte all'Erario.

#### 4. *Interessi finanziari e principi fondamentali: dalla sentenza Taricco alla Direttiva PIF 2017/1371*

Non si può chiudere un'analisi riguardante le più importanti questioni di diritto sostanziale relative alla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione senza accennare alla rilevanza che rispetto a questo tema ha avuto una sentenza davvero importante della Grande Sezione (*Grande Chambre*) della Corte di giustizia europea emessa il giorno 8 settembre 2015 nel caso *Taricco*<sup>10</sup>, con la quale venivano fornite della indicazione fondamentali in materia di prescrizione dei reati nel sistema italiano.

Il caso sottoposto alla Corte prendeva le mosse da una decisione del GUP presso il Tribunale di Cuneo che lamentava l'intervenuta prescrizione di un processo per c.d. frodi fiscali carosello segnalando che, nonostante la regola prevista dall'art. 160 c.p. relativa all'interruzione della prescrizione, i limiti dettati da tale norma rendono sostanzialmente inefficace la tutela penale proprio in processi, come quello per frodi fiscali, che richiedono lunghe e complesse indagini.

Dopo avere analizzato la disciplina italiana in materia di prescrizione dei reati fiscali la Corte di giustizia giunge alla conclusione che

<sup>9</sup> Sulla natura di tali ipotesi di confisca ci sia consentito rinviare a F. ROTONDO, *La giurisprudenza in materia di confisca e prescrizione dei reati tributari*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, p. 733 ss.

<sup>10</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza dell'8 settembre 2015, *Taricco e altri*, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555. F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di Giustizia*, in *DPC*, 2015.

essa viola il disposto 325 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che impegna gli stati membri a combattere la frode e le altre condotte illegali idonee a ledere gli interessi finanziari dell'Unione e, conseguenzialmente, afferma che il giudice nazionale è tenuto a dare completa attuazione alla norma comunitaria, disapplicando la normativa nazionale qualora essa abbia per effetto quello di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'art. 325 parr. 1 e 2 TFUE.

Sulla scorta di questa decisione dopo soli nove giorni, il 17 settembre 2015, la Corte di Cassazione afferma che «in materia di reati tributari, nelle ipotesi consistenti in condotte fraudolente che comportino, in concreto, l'evasione in misura “grave” di tributi IVA devono essere disapplicate – in quanto in contrasto con gli obblighi comunitari imposti agli Stati membri dall'art. 325 paragrafi 1 e 2, del TFUE, in considerazione di quanto affermato nella sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco* – le disposizioni in materia di prescrizione di cui agli artt. 160, terzo comma, ultima parte, e 161, comma secondo, c.p., trovando invece applicazione, in tali casi, la più rigorosa disciplina già prevista nell'ordinamento per i delitti di cui all'art. 51 comma 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., secondo cui il termine ordinario di prescrizione ricomincia a decorrere dopo ogni atto interruttivo»<sup>11</sup>.

Trattando un caso relativo ad evasioni fiscali per fatture soggettivamente inesistenti per gli anni dal 2003 al 2007 la Corte, preso atto della decisione *Taricco*, si orienta nel senso di considerare ogni atto interruttivo come idoneo a fondare un ulteriore intero periodo di prescrizione, e così via di seguito sulla falsariga di quanto accade grazie all'art. 161 comma 2 c.p. per i reati indicati nell'art. 51 commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p.

Sappiamo, e del resto non è il tema di questo scritto, che poi la Corte Costituzionale ha attivato i c.d. controlimiti<sup>12</sup> ribadendo che il

<sup>11</sup> Corte di Cassazione, sentenza del 17 settembre 2015, n. 2210.

<sup>12</sup> Sulla rilevanza dei controlimiti in chiave costituzionale V. MASARONE, *La legittimazione dell'Unione europea all'esercizio di competenze penali: il problema degli standards di tutela dei diritti fondamentali e la c.d. «europeizzazione» dei controlimiti*, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit., p. 579 ss. Sul “dialogo tra le Corti”: F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte Costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla relae posta*

principio di legalità appartiene a quel nucleo fondamentale di principi costituzionali che, come tali, si impone anche nei confronti della legislazione sovranazionale, ma citavamo questa situazione non solo per porre in evidenza il valore davvero trainante che il diritto dell'Unione riesce ad avere in certi campi, riverberandosi poi su istituti di parte generale del diritto penale, ma anche perché vi è un'altra rilevante conseguenza della *Taricco* su cui occorre invece soffermarsi e che riguarda specificamente il tema che stiamo trattando.

Ci si riferisce all'idea secondo cui tale decisione avesse, in sostanza, consacrato l'art. 325 TFUE quale base legale delle iniziative per la lotta alle frodi, anche in campo penale<sup>13</sup>.

In dottrina si erano formate su questo punto due tesi: una che riteneva l'art. 325 TFUE la nuova ed unica base legale per interventi legislativi nello specifico settore della lotta alle frodi, sia in campo extra-penale che penale e l'altra secondo cui, invece, l'art. 325 continuava ad esercitare tale funzione solo per interventi legislativi in campo extra-penale, mentre gli interventi penali erano soggetti alle basi legali generali del nuovo diritto penale dell'UE post-Lisbona: gli artt. 82 e 83 TFUE<sup>14</sup>.

Le conseguenze derivanti dall'accoglimento dell'una o altra tesi sono rilevanti.

In primo luogo l'art. 325 TFUE darebbe infatti certamente un margine di operatività molto ampio alle istituzioni europee, perché non vincola gli interventi legislativi adottati su tale base alla produzione di «norme minime comuni» come prevede, invece, l'art. 83, incidendo quindi sul contenuto delle singole previsioni di legge. In secondo luogo esso non vincola sulla forma dello strumento legislativo adottabile, a differenza degli artt. 82 e 83 che impongono, invece, quella della direttiva<sup>15</sup>.

*in gioco*, in DPC, 2016; G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malampartem e controlimiti: apogeo o declino del diritto penale europeo?*, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit., p. 595 ss.; G. RICCARDI, *La Corte di giustizia tra «dialogo» e «monologo» nella «saga Taricco»: silenzi, fraintendimenti e surrettizie appropriazioni di competenze penali dirette*, in DPC, 2018; M. DONINI, *Lettura critica di Corte Costituzionale n. 115/2018*, in DPC, 2018.

<sup>13</sup> A. VENGONI, *La definizione del reato di frode*, cit., p. 17.

<sup>14</sup> Su questo dibattito L. PICOTTI, *Le basi giuridiche*, cit., p. 17.

<sup>15</sup> L. PICOTTI, *Le basi giuridiche*, cit., p. 27.

Queste due diverse opzioni hanno costituito anche la base delle diverse opinioni espresse in materia dalla Commissione europea, che ha adottato la proposta di direttiva PIF proprio indicando quale base legale l'art. 325 TFUE, ed i singoli Stati propensi, invece, ad individuare come base legale l'art. 83 TFUE che, infatti, compare come base legale nel primo testo elaborato dal Consiglio nel giugno 2013<sup>16</sup>.

La Corte di giustizia con la decisione sul caso *Taricco*, considerando l'art. 325 TFUE quale parametro sulla cui base richiedere la disapplicazione della normativa nazionale che prevede una proroga della prescrizione insufficiente per una efficace tutela delle finanze dell'UE, sembrava avere conferito – pur se in maniera indiretta – a tale previsione il ruolo di norma costituente la base legale del diritto penale europeo nel campo della lotta alle frodi al bilancio dell'Unione<sup>17</sup>.

Senonchè, alla fine, nell'individuazione dello strumento attraverso il quale disciplinare il settore della tutela penale degli interessi finanziari dell'UE ha prevalso l'idea “meno dirompente”<sup>18</sup> dell'utilizzo della direttiva 2017/1371 emanata ai sensi dell'art. 83 par. 2 TFUE, con lo scopo di dettare disposizioni “minime” sulla definizione delle fattispecie incriminatrici e delle misure punitive.

<sup>16</sup> A. VENEGONI, *La definizione del reato di frode*, cit., p. 18.

<sup>17</sup> A. VENEGONI, *La definizione del reato di frode*, cit., p. 28.

<sup>18</sup> E. BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in *DPC*, 2017, n. 12, p. 66.

*Abstract*NOTE SULLA TUTELA PENALE DEGLI INTERESSI FINANZIARI  
DELL'UNIONE EUROPEA

Lo scritto si propone di offrire uno sguardo d'insieme sulla rilevanza del bene giuridico rappresentato dagli "interessi finanziari dell'Unione europea" e sul fondamento normativo della legislazione penale in materia, rappresentato dalla direttiva 2017/1371/UE ("la cd. direttiva PIF") in cui attenzione particolare è riservata alle frodi all'IVA e alle altre condotte illecite che ledono i medesimi interessi. Nel lavoro emerge come la tutela degli interessi finanziari riverbera effetti sui diritti e principi fondamentali. Sul punto, non può non farsi riferimento alla cd. saga *Taricco*, in quanto i risultati a cui essa conduce, dopo il costruttivo dialogo instaurato tra la Corte Costituzionale e la Corte di giustizia, rilevano sotto duplice profilo: da un lato, viene definitivamente consacrata la subordinazione della tutela degli interessi finanziari ai principi fondamentali dell'ordinamento interno e, in particolare, al principio di legalità; dall'altro, essa risulta interessante in relazione alla *querelle* sulla base giuridica, in quanto, nella non sopita diatriba circa l'individuazione della stessa nell'art. 83 ovvero nell'art. 325 TFUE, la Corte pare proprio prendere posizione in favore dell'art. 325 TFUE, consacrandolo quale base legale delle iniziative per la lotta alle frodi, anche in campo penale.

NOTES ON THE CRIMINAL PROTECTION OF THE  
EUROPEAN UNION'S FINANCIAL INTERESTS

The paper aims to offer an overview of the legal relevance of the "financial interests of the European Union" and of the legal basis of the criminal legislation on the matter, namely Directive 2017/1371/EU (the "PIF Directive") where particular attention is paid to VAT fraud and to other illegal conducts that affect the same interests. The study shows how the protection of financial interests reverberates effects on fundamental rights and principles. On this point, reference

cannot be avoided to the *Taricco* saga, since its results, after the constructive dialogue between the Constitutional Court and the Court of Justice, are twofold: on the one hand, the subordination of the protection of financial interests to the fundamental principles of the internal system and, in particular, to the principle of legality; on the other hand, it is interesting in relation to the discussion around the legal basis, since, in the context of the open dispute about the identification of such legal basis in Art. 83 or in Art. 325 TFEU, the Court seems to take a position in favor of art. 325 TFEU, consecrating it as the legal basis for initiatives to combat fraud also in the criminal field.

## DALLE ROGATORIE ALL'ORDINE DI INDAGINE EUROPEO

*Giovanni Diotallevi\**

Il livello di tenuta del sistema giudiziario, nello specifico dell'attività di cooperazione giudiziaria, mi sembra uno dei passaggi più delicati delle nostre riflessioni; vengono infatti in rilievo due dei suoi cardini fondamentali: il principio del mutuo riconoscimento e quello della reciproca fiducia tra Stati, dove il ruolo della giurisdizione è portato a muoversi su quel crinale delicatissimo tra le scelte legislative di politica giudiziaria, l'efficacia e l'efficienza del servizio giustizia e le aspettative della società civile con ricadute sensibili che impegnano l'attività del giudice in una perdurante fase di rivisitazione della qualità e delle caratteristiche dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Il d.lgs. n. 149/2017 ha riscritto l'intero Libro XI del codice di procedura penale<sup>1</sup>, mentre con il d.lgs. 21.6.2017, n. 108 si è data attuazione alla direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3.4.2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale (OEI)<sup>2</sup>.

\* Presidente di sezione della Corte di Cassazione.

<sup>1</sup> Circolare del Ministero della giustizia 26-30 ottobre 2017 relativa all'ordine europeo di indagine penale (OEI).

<sup>2</sup> L'OEI sostituisce la quasi totalità della Convenzione di mutua assistenza tra gli Stati membri UE (MAP), che si basa sul mutuo riconoscimento e che, necessariamente, fa riferimento agli organi che, nel nostro ordinamento, svolgono quelle specifiche funzioni. Più precisamente, secondo la previsione contenuta nell'art. 34, a decorrere dal 22 maggio 2017, la direttiva 2014/41/UE (c.d. direttiva OIE) sostituisce le corrispondenti disposizioni delle seguenti convenzioni applicabili tra gli Stati membri: a) Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa, del 20 aprile 1959, i relativi due protocolli aggiuntivi e gli accordi bilaterali conclusi a norma dell'articolo 26 di tale convenzione; b) Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen; c) Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale del 2000 tra gli Stati membri dell'Unione europea ed il relativo protocollo. Inoltre, la decisione quadro 2008/978 sul mandato europeo di ricerca della prova sarà sostituita dalla medesima direttiva OIE, per gli Stati membri vincolati dalla stessa. Infine, la direttiva OIE sostituirà la decisione quadro 2003/577/GAI, per gli Stati membri vincolati, per quanto riguarda il sequestro probatorio (così dispone l'art. 34, comma 2). La decisione-quadro 2008/978 sul mandato europeo di ricerca delle prove, è già stata abrogata dal regolamento 2016/95 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016.



Il d.lgs. n. 108/2017 ha proiettato, nell'ambito della circolazione della prova, il principio di mutuo riconoscimento, eletto a fondamento della cooperazione giudiziaria dell'Unione europea, tanto in materia civile che in materia penale, ed ha determinato che le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro debbano essere considerate ammissibili dinanzi ai Tribunali degli altri Stati membri.

In via generale l'atto oggetto della rogatoria (ed anche dell'OEI) deve essere finalizzato dunque allo svolgimento di attività istruttoria, funzionale all'acquisizione delle prove in relazione ad una determinata fattispecie criminosa<sup>3</sup>.

Il raggiungimento dell'obiettivo della "libera circolazione della prova" – i cui effetti positivi vanno considerati in particolare soprattutto nell'ottica di una repressione comune della criminalità avente dimensione transfrontaliera – è basato, innanzitutto, sulla reciproca fiducia tra gli Stati membri dell'Unione<sup>4</sup> con la conseguenza che risulta immanente nella prospettiva giudiziaria europea la necessità che «le varie culture giudiziarie debbano condivi(ere) il medesimo

<sup>3</sup> Con riguardo ai mezzi di prova e di ricerca della prova che possono essere richiesti all'autorità straniera, l'OIE può essere emesso per: il trasferimento temporaneo nello Stato di emissione delle persone detenute (art. 16 del Decreto Legislativo); il trasferimento temporaneo, in Italia, di persone detenute nello Stato di emissione (art. 17); l'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva (art. 18); l'audizione mediante teleconferenza (art. 19); l'acquisizione di informazioni e documenti presso banche ed istituti finanziari (art. 20); le operazioni sottocopertura (art. 21); il ritardato arresto o sequestro (art. 22); le intercettazioni di telecomunicazioni (art. 23), incluse quelle telematiche; i provvedimenti di sequestro probatorio (art. 26). Al contrario, l'ordine di indagine europeo non può essere emesso per costituire squadre investigative comuni (regolata dal D.lgs. 34/16) e per i sequestri diversi da quello probatorio (preventivo e conservativo) regolati dai D.lgs. vi 35/16, 137/15 e 202/16. Secondo una prima lettura della normativa, l'ordine di indagine europeo non può essere usato neppure per l'esecuzione di attività di osservazione transfrontaliera, per il trasferimento di procedimenti penali, per richiedere la notifica di atti processuali e per attuare lo scambio spontaneo di informazioni tra autorità giudiziarie.

<sup>4</sup> Cfr. Cassazione penale, Sez. VI, 4 marzo 1994, Palamara, secondo cui l'adesione agli atti internazionali comporta «l'implicito riconoscimento della diversità dei singoli ordinamenti e dell'impegno a riconoscere gli atti compiuti secondo i diversi sistemi, in armonia con il principio di prevalenza delle norme pattizie rispetto a quelle interne, riconosciuto dall'art. 696 c.p.p.».

percorso evolutivo, proteso al rispetto dei diritti fondamentali»<sup>5</sup>. In questo senso vi è stata una forte spinta verso la creazione di uno statuto europeo delle garanzie individuali, attuato, in particolare, attraverso l'approvazione di direttive volte a stabilire, tra l'altro, norme minime in materia di diritti sia dell'imputato, sia della vittima di reato<sup>6</sup>.

Rimangono al di fuori di questa previsione normativa quegli atti che siano tesi ad assicurare la presenza dell'imputato al processo (come il M.A.E.) o atti, quali la cauzione o il sequestro conservativo, che tendono ad assicurare le garanzie patrimoniali ai fini dell'esecuzione in caso di condanna.

L'OEI ha sostituito, dunque, le rogatorie nella raccolta transnazionale delle prove nel contesto dell'Unione; le rogatorie restano in vigore nei rapporti fra l'Italia e gli Stati dell'Unione che non hanno aderito alla direttiva (ossia la Danimarca e l'Irlanda), e nei rapporti fra l'Italia e gli Stati che non appartengono all'Unione, come l'Islanda e la Norvegia<sup>7</sup>. La linea ispiratrice del nuovo strumento è sempre

<sup>5</sup> G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine*, in *Diritto penale e processo*, 2013, n. 6, p. 707; N. PARISI, *Riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali, confianze mutuelle e armonizzazione delle garanzie procedurali negli Stati membri dell'Unione europea*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, D. RINOLDI, A. SANTINI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 505.

<sup>6</sup> Il riferimento è, in particolare, alla direttiva 2010/64/UE *sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*; direttiva 2012/13/UE *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*; direttiva 2014/43/UE, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*; direttiva 2012/29/EU, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*.

<sup>7</sup> Con la decisione (UE) 2020/135 del Consiglio del 30 gennaio 2020, *relativa alla conclusione dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica*, dal 1° febbraio, data di entrata in vigore dell'Accordo sul Recesso, e sino alla fine del "periodo di transizione" che, ai sensi dell'art. 126 dell'accordo, terminerà il 31 dicembre 2020, non cambierà in sostanza molto nelle relazioni tra le nostre autorità giudiziarie ed il Regno Unito. In particolare, l'art. 62 dell'accordo stabilisce di fatto che tutti i principali strumenti di cooperazione giudiziaria penale continueranno a trovare applicazione in relazione alle richieste ricevute prima della fine del periodo

quella della cooperazione orizzontale. L'OEI è trasmesso direttamente dall'autorità giudiziaria di emissione a quella di esecuzione. I controlli governativi sono opzionali. Le nuove regole riguardano sia l'ipotesi in cui l'Italia sia lo Stato di esecuzione sia l'ipotesi in cui l'Italia costituisca il soggetto attivo della procedura, in qualità di stato di emissione.

In caso di OEI passivo viene meno l'*exequatur* della Corte di appello. La competenza all'esecuzione è assegnata al procuratore della Repubblica distrettuale, cui è demandata la prima valutazione sull'ammissibilità della richiesta in relazione al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento interno. È una scelta da apprezzare sotto il profilo sistematico perché mantiene saldamente il ruolo del Pubblico ministero all'interno del circuito giurisdizionale ed ancora ulteriormente la sua funzione alla cultura della prova<sup>8</sup>. Nell'ipotesi in cui per l'atto di cui si chiede l'esecuzione l'ordinamento interno prevede la competenza del giudice, come avviene per le intercettazioni telefoniche, allora la competenza ad eseguire l'OEI sarà del G.i.p.

Merita di essere segnalata la possibilità, riconosciuta nell'ipotesi di OEI attivo, prevista come espressione del diritto di difesa, del c.d. OEI difensivo, cioè l'ordine europeo di indagine che viene richiesto formalmente dalla difesa all'autorità giudiziaria che procede.

Di duplice ordine sono le condizioni alle quali l'art. 6 della direttiva subordina l'emissione del nuovo strumento probatorio: oltre al rispetto delle regole nazionali applicabili in un caso interno analogo, incombe sullo Stato richiedente un preliminare vaglio in ordine alla necessità dell'attività richiesta ai fini del procedimento, nonché alla proporzionalità della stessa in relazione allo scopo al quale è preordinata.

di transizione. Nello specifico per ciò che riguarda gli OEI (ordine europeo di indagine), la direttiva 2014/41/UE continuerà ad applicarsi agli ordini ricevuti prima della fine del periodo di transizione dall'autorità centrale o dall'autorità di esecuzione. L'OEI prevede che le nuove disposizioni si applichino soltanto per gli atti di indagine indicati nella direttiva e nel decreto legislativo che vi dà attuazione, con la conseguenza che devono ritenersi ancora applicabili le norme in materia di assistenza giudiziaria per gli Stati UE nei casi non specificamente disciplinati dall'OEI.

<sup>8</sup> È opportuno sottolineare che l'autorità di esecuzione non è tenuta ad attuare immediatamente l'OEI, ma deve sottoporlo ad una serie di controlli, che possono condurre a rinviarne o, addirittura, a rifiutarne l'esecuzione.

Il richiamo alla proporzionalità<sup>9</sup> assume, nell'ipotesi in esame, un significato che va ben oltre il semplice rapporto tra mezzi e fini, alludendo, piuttosto, ad un sindacato più ampio e complesso, che coinvolge l'idoneità, la necessità e la proporzionalità del dato probatorio, nella prospettiva di garantire la minore lesione possibile dei diritti fondamentali.

È interessante questa previsione perché il nostro ordinamento processuale si confronta con il tema della proporzionalità, in particolare in materia di libertà personale, e con riferimento alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni ai sensi degli artt. 266 e 267 c.p.p.; a differenza della CEDU che ricorre al concetto di proporzionalità per la tutela dei diritti indicati dall'art. 8<sup>10</sup>.

Mi sembra evidente come il legislatore italiano, nel recepimento della direttiva, abbia tenuto presente l'attribuzione della responsabilità del corretto bilanciamento tra le esigenze concorrenti in capo alle Autorità nazionali, in forza del principio di sussidiarietà. Una tale verifica, infatti, non è circoscritta al solo momento di emissione dell'ordine di indagine, ma si estende anche a quello della sua esecuzione, come confermato, tra l'altro, dall'art. 10, par. 3, secondo il quale spetta anche allo Stato in cui la prova deve essere acquisita verificare la possibilità di raccogliere le informazioni richieste attraverso operazioni meno invasive per i diritti individuali.

Si delinea, per tale via, un controllo progressivo sulla proporzionalità, rafforzato dalla possibilità di un confronto tra lo Stato di esecuzione e quello di emissione, all'esito del quale lo Stato richiedente può decidere di desistere dalla propria iniziativa.

La giurisprudenza ha fornito una prima interpretazione della norma affermando che «in tema di ordine di indagine europea, l'autorità

<sup>9</sup> C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, n. 2, p. 69 ss.

<sup>10</sup> Art. 8 - Diritto al rispetto della vita privata e familiare «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

giudiziaria è tenuta ad effettuare una verifica di proporzionalità tra il sacrificio della sfera giuridica dell'indagato o delle persone comunque coinvolte nel compimento degli atti richiesti e le esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenendo conto della gravità del reato e della pena per esso prevista, salvo che l'atto richiesto rientri tra quelli previsti dall'art. 9, comma 5, d.lgs. 21 giugno 2017, n.108»<sup>11</sup>.

Punti critici rimangono le regole di ammissibilità delle prove con la necessità, o meno, dell'autorizzazione da parte di un giudice o di un pubblico ministero, la presenza di una base concreta e la riferibilità del procedimento a reati di una certa gravità e il rispetto all'osservanza del criterio della "doppia legalità" nazionale e della possibilità che l'atto istruttorio avrebbe potuto essere emesso "alle stesse condizioni in un caso interno analogo".

Per quanto riguarda il tema della doppia punibilità va sottolineato il regime speciale sussistente per le violazioni tributarie, doganali e valutarie, in ordine alle quali è previsto che l'esecuzione non può essere rifiutata per il fatto che la legge italiana non impone lo stesso tipo di tasse e imposte o perché la legislazione sia diversa rispetto allo Stato di emissione. Quando si procede per una violazione valutaria, tributaria o doganale non opera mai il regime della doppia punibilità, ma un regime di esecuzione semplificata<sup>12</sup>.

Da sottolineare le ricadute sulla eseguibilità dell'Ordine nel caso di sua incompletezza, della possibile violazione del divieto di *ne bis in*

<sup>11</sup> In motivazione, la Corte ha precisato che ove l'atto di indagine risulti sproporzionato, si dovrà procedere al compimento dell'atto meno intrusivo ed equipollente a quello richiesto, come desumibile dalla previsione dell'art. 9 d.lgs. n. 108 del 2017, in base al quale all'autorità richiedente va data comunicazione della possibilità di procedere con un atto diverso, parimenti idoneo al raggiungimento del medesimo scopo (Cassazione penale, Sezione VI, 31 gennaio 2019, n. 8320, in *C.E.D. Cass.*, n. 275732).

<sup>12</sup> È previsto il rispetto del principio di doppia incriminabilità tra i motivi di rifiuto della sua esecuzione (art. 10, comma 1, lett. f) del D.lgs.), ma vi sono richieste che vanno comunque evase, nei casi aventi ad oggetto prove dal contenuto semplice e già disponibili nello Stato richiesto (art. 9, comma 5), come per i verbali di prove di altro procedimento, di audizione di persona informata e, in generale, quando trattasi di atti non incidenti sulla libertà personale dell'individuo. Inoltre, una importante deroga al principio sussiste quando l'autorità giudiziaria sta procedendo per categorie di reati specificamente indicati (art. 11).

*idem* (con il problema dell'interpretazione della locuzione "sentenza definitiva", ovvero della determinazione del concetto di "esaurimento dell'esercizio dell'azione penale"); della sussistenza dell'immunità o del salvacondotto ovvero della definizione dei medesimi fatti come locuzione "stesso fatto storico"; ovvero del problema della sicurezza nazionale (con riferimento in particolare alla testimonianza in ordine all'attività di *intelligence*) o delle ipotesi previste dagli artt. da 201 a 204 c.p.p. Un'attenzione particolare richiede il coordinamento con l'impugnazione prevista dall'art. 696-*decies* c.p.p.<sup>13</sup> anche per i terzi, in genere nell'ipotesi di sequestro probatorio.

Il richiamo al criterio della proporzionalità coinvolge l'idoneità e la necessità del dato probatorio, nella prospettiva di garantire, come detto, la minore lesione possibile dei diritti fondamentali, che si estende finì al momento della sua esecuzione.

Per quanto riguarda le prove atipiche il principio della legalità processuale, che si pone sempre come limite all'assistenza, ha una particolare rilevanza nell'attività di ricerca delle stesse, dove per il rispetto dei diritti e delle libertà costituzionali fondamentali, deve essere fatto riferimento all'art. 189 c.p.p.<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Art. 696-*decies* c.p.p. - Tutela dei terzi di buona fede. I terzi di buona fede interessati dall'esecuzione della decisione di riconoscimento sono tutelati nei casi e con i mezzi previsti dalla legge. Ai terzi è assicurata la partecipazione al procedimento di riconoscimento con le forme e le garanzie che la legge assicura nei procedimenti analoghi già regolati dall'ordinamento interno. L'art. 13, comma 7, prevede che il provvedimento può essere impugnato oltre che dal difensore o dall'imputato anche dal terzo cui l'oggetto di prova è stato sequestrato e da quella che avrebbe diritto alla restituzione. Ma in caso di opposizione ammissibile la cognizione del giudice è limitata ai presupposti per il riconoscimento e per l'esecuzione del d.lgs., mentre le ragioni di merito potranno essere fatte valere solo nello stato di emissione. Come quelle relative all'esecuzione del decreto di riconoscimento dopo l'opposizione rigettata.

<sup>14</sup> L'art. 9 co. 5, del d.lgs. in esame alla lettera d) prevede il compimento di atti di indagine non coercitivi definiti dal diritto dello Stato di esecuzione (ricognizioni fotografiche), localizzazione tramite GPS (in analogia con quanto previsto per il pedinamento), riconoscimento vocale; verbale di prove di altro procedimento art. 238 c.p.p.; informazioni contenute in banche dati accessibili all'autorità di esecuzione; audizione di persone (se l'atto deve essere utilizzato in dibattimento rispetto del contraddittorio e giudice terzo; se l'atto non è destinato a confluire nel fascicolo del dibattimento potrà essere effettuato dal procuratore della Repubblica); identi-

Seppure strumentale ad assicurare il più alto livello di tutela dei diritti, il controllo di proporzionalità, affidato in via esclusiva allo Stato di esecuzione, può aprire cospicui spazi all'applicazione della *lex loci*, con intuibili conseguenze sul piano dell'ammissibilità ed utilizzabilità del dato probatorio. Il che, ancora una volta, richiama la necessità di garantire un efficace controllo del rispetto delle garanzie fondamentali.

I giudici nazionali, ancora una volta, di fronte all'assenza di un quadro sanzionatorio specifico su questo versante, sono investiti di una ulteriore funzione di supplenza, nell'ottica della tutela dei diritti nell'ambito della circolazione delle prove. Una situazione ancora una volta "forzata" dalla qualità multilivello delle fonti e da un sistema da

ficazione di persone titolari di uno specifico numero telefonico o di un indirizzo di posta elettronica. La giurisprudenza ha affermato che non rientra nella nozione di corrispondenza la documentazione bancaria, consistente in supporti cartacei che riproducono dati estratti dalla memoria informatica e relativi ai rapporti intercorsi con l'istituto bancario, non rientra nella nozione di corrispondenza se non risulta che sia stata oggetto di spedizione al soggetto interessato e se per il decorso del tempo le comunicazioni in essa contenute hanno perso il requisito dell'attualità, sicché il sequestro di detta documentazione non richiede, ove l'interessato sia un membro del Parlamento, la previa autorizzazione della Camera a cui questi appartiene. (Cassazione penale, Sezione VI, 5 ottobre 2006, n. 33435, in *C.E.D. Cass.*, n. 234357). Unico limite alla sua utilizzazione rimane l'utilità della prova. Ancora è stato ritenuto che in tema di sequestro probatorio, l'esecuzione di una perquisizione e sequestro nei confronti di una delle persone indicate dagli art. 200 e 201 cod. proc. pen. non deve essere preceduta dall'avvertimento della facoltà di opporre il segreto professionale (nella specie connesso all'attività di giornalista) o di ufficio e può dunque essere eseguita nelle forme ordinarie, senza ulteriori limitazioni sino all'opposizione per "iscritto" del limite (Cassazione penale, Sezione VI, 5 marzo 2018, n. 9989, in *C.E.D. Cass.*, n. 272537). È stato peraltro ritenuto ammissibile il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale del riesame di conferma del sequestro probatorio di un computer o di un supporto informatico, nel caso in cui ne risulti la restituzione previa estrazione di copia dei dati ivi contenuti, sempre che sia dedotto l'interesse, concreto e attuale, alla esclusiva disponibilità dei dati. (Cassazione penale, Sezioni Unite, 7 settembre 2017, n. 40963, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 27049701). La decisione è stata ritenuta ulteriore manifestazione di quel fenomeno descritto in termini di «legislazione "giurisprudenziale"» che, se in linea generale, presenta connotati che possono destare perplessità, può essere valutato positivamente quando costituisce espressione di una valorizzazione degli istituti di garanzia, come nel caso di specie, dove è stata riconosciuta una facoltà di impugnazione altrimenti misconosciuta.

definire, ci sia consentito il riferimento all'idea di "interlegalità"<sup>15</sup>, in cui la base normativa non è più limitata al diritto interno, ma risulta ampliata alle fonti sovranazionali dell'Unione europea. Un fenomeno inteso come coesistenza e interconnessione di diversi spazi giuridici che si trovano a regolare le condotte di medesimi soggetti. La pluralità delle "legalità" e la loro interferenza costituiscono un dato le cui conseguenze giuridiche richiedono una approfondita riflessione.

Nello specifico il risultato della "contaminazione", così come sopra descritto, viene attivato, in particolare, da quelle previsioni normative volte a regolamentare l'acquisizione di taluni atti investigativi, suscettibili di ripercussioni negative sui diritti fondamentali della persona. Si pensi alle previsioni contenute nel Capo IV della direttiva dove è prevista la definizione di procedure comuni per il trasferimento temporaneo di persone detenute ai fini dell'indagine; per l'audizione in videoconferenza o mediante teleconferenza; per l'acquisizione di informazioni bancarie e finanziarie; per le intercettazioni di comunicazioni; per il compimento di atti di indagine che comportino l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale e in modo continuativo; nonché, da ultimo, per le procedure di infiltrazioni.

Lo scopo evidente è quello di perseguire l'obiettivo di una progressiva omologazione delle procedure di acquisizione di tali elementi investigativi, funzionale alla tutela dei diritti e delle garanzie dei soggetti a vario titolo coinvolti; una scelta che evidenzia un esplicito avanzamento verso una complessiva ed unitaria armonizzazione di sistema, pur in presenza di una realtà che mantiene comunque spazi di autonomia potenzialmente forieri di criticità di sistema<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Sul punto si veda J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, *The challenge of Inter-Legality*, Cambridge, 2019.

<sup>16</sup> Proprio con riguardo a quest'ultimo profilo, merita attenzione particolare ad esempio l'art. 31, par. 3, b), il quale prevede una specifica ipotesi sanzionatoria, statuendo che l'intercettazione di comunicazioni è inutilizzabile o è utilizzabile solo a determinate condizioni se sia stata ottenuta in un terzo Stato membro in cui l'intercettazione non è ammessa in un caso interno analogo. Come appare evidente, si tratta di una forma di inutilizzabilità circoscritta ad una fattispecie ben precisa, la quale suppone che l'intercettazione sia stata regolarmente autorizzata dall'autorità competente di uno Stato membro (Stato membro di intercettazione), ma la persona da intercettare si trovi sul territorio di un terzo Stato membro (Stato membro notificato), per il quale l'intercettazione è preclusa in un caso interno simile.



La garanzia di una sostanziale omogeneità tra gli *standards* qualitativi della prova raccolta all'estero ed i criteri che presiedono alla formazione del corrispondente mezzo probatorio previsto dall'ordinamento interno, è stata ricercata anche attraverso il riconoscimento<sup>17</sup>, di una tendenziale prevalenza della *lex fori*, imponendo alle autorità di esecuzione il dovere di attenersi alle formalità ed alle procedure espressamente indicate dalle autorità dello Stato di emissione, purché non siano in contrasto con i principi fondamentali dello Stato di esecuzione, proprio al fine evidente di temperare la necessità di salvaguardare il diritto applicabile nello Stato richiesto con quella di garantire l'ammissione delle prove nel Paese richiedente<sup>18</sup>.

Deve essere altresì sottolineato che alle prove acquisite con l'OEI sono applicabili le regole previste dall'art. 431 c.p.p. in rapporto alle prove acquisite con le rogatorie: sono pertanto utilizzabili i documenti e i verbali degli atti non ripetibili, nonché i verbali degli atti ripetibili rispetto ai quali «i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana».

<sup>17</sup> V. l'art. 9, par. 2 della direttiva 2014/41/UE.

<sup>18</sup> Per quanto riguarda le regole di ammissibilità delle prove vigenti nello Stato di esecuzione, l'art. 10, par. 1, lett. b) della direttiva prevede che se l'OEI concerne un atto "coercitivo", cioè che possa interferire con i diritti fondamentali (v. il considerando n. 16), è necessario che quest'ultimo sia «disponibile in un caso interno analogo», con la conseguenza che è necessaria la presenza di tutti i requisiti di ammissibilità della prova previsti dalla *lex loci*. Circostanza che trova indiretta conferma nell'art. 9, commi 1 e 3 del decreto legislativo 21 giugno 2017, n. 108, dove viene previsto che l'OEI va rifiutato se «non ricorrono i presupposti che la legge italiana impone» per il compimento dell'atto istruttorio richiesto, e non è possibile compiere altri atti «comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo» (v. anche l'art. 23, commi 1 e 2, con riferimento alle intercettazioni richieste dalle autorità straniere da svolgere con l'assistenza dell'autorità italiana). L'art. 14, par. 2, della direttiva 2014/41/UE prevede altresì la possibilità di contestare le «ragioni di merito dell'emissione dell'OEI» tramite un'impugnazione da proporre nello Stato di emissione. Nel decreto attuativo l'art. 28 ha trasfuso tale possibilità nella facoltà di contestare il sequestro disposto con l'OEI attraverso il riesame ex art. 324 c.p.p. In questo modo è stato formalizzato l'indirizzo giurisprudenziale (v. Cassazione penale, Sezioni Unite, 16 aprile 2003, n. 21420, in *C.E.D. Cass.*) ai sensi del quale il sequestro disposto all'estero presupporrebbe un provvedimento implicito di sequestro interno (con evidenti ricadute anche in sede di individuazione della competenza tabellare tra le sezioni n.d.r.).

Analoga previsione è contenuta nell'art. 36 del decreto, che, estende alle prove acquisite con l' OEI la prescrizione dell'art. 512-*bis* c.p.p.<sup>19</sup>.

Ancora una volta dunque va sottolineato il collegamento strutturale dello strumento giuridico con la fattispecie concreta cui fa riferimento l'atto investigativo, circostanza che tuttavia evidenzia anche la problematicità di una variazione, che, allo stato, sembra sollecitare, in misura via via maggiore, ancora una volta il ruolo del giudice nella sua attività di interpretazione anche come fonte del diritto di matrice giurisprudenziale.

La giurisprudenza è già intervenuta con decisioni non sempre omogenee che in qualche modo scontano la diversità di approccio di un passaggio da un sistema fondato sulla legalità e tassatività, incentrato sul concetto di fattispecie probatoria (rispetto ad un modello legale astrattamente tipizzato dal legislatore) e su una conseguente nozione di invalidità (intesa proprio come mancata corrispondenza al modello legale), ad un sistema connotato da un approccio meno formalistico e sostanziale, orientato a verificare non già la deviazione della prova dallo schema tipico, ma le conseguenze lesive in concreto prodotte dall'atto probatorio sulle garanzie<sup>20</sup>.

Irrompe ancora una volta nell'analisi il tema delle fonti e del loro pluralismo, riconducibile agli artt. 2, 3, 10, 11 e 117 della Costituzione, con la necessità che la possibile disomogeneità astratta fra le

<sup>19</sup> V. sul punto Cassazione penale, Sezioni Unite, 25 novembre 2010, n. 27918, in *C.E.D. Cass.*

<sup>20</sup> La giurisprudenza ha sottolineato che in tema di ordine europeo di indagine, è affetto da nullità di ordine generale e assoluta, ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. c) e 179, comma 1, cod. proc. pen., il provvedimento adottato "de plano" dal giudice per le indagini preliminari in caso di opposizione ex art. 13, comma 7, d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, al decreto di riconoscimento del pubblico ministero avente ad oggetto un sequestro probatorio. La Corte ha precisato che il giudice può decidere sull'opposizione con le forme semplificate previste dall'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 108 del 2017, solo nei casi diversi da quello in cui il riconoscimento abbia ad oggetto il sequestro probatorio, ovvero quando l'atto richiesto debba essere compiuto direttamente dal giudice ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 108 del 2017 (Cassazione penale, Sezione VI, 28 gennaio 2020, n. 3520, *C.E.D.*, n. 277628). V., in dottrina, M. DANIELE, *Opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro e decisione de plano: una nullità assoluta*, in *Sistema Penale*, 2020, reperibile online.

stesse, reificata nella decisione del caso concreto, trovi una composizione di sistema nell'interpretazione affidata agli operatori del diritto, magistrati ed avvocati, nei rispettivi ruoli, dove la funzione della dottrina assicura l'ulteriore qualità dello spazio e della capacità costituzionalmente e convenzionalmente orientata di deliberare.

La sfida appare composta, articolata, di alta responsabilità, caratterizzata dalla necessità di estrarre il significato della legge dal complesso e variegato sistema caratterizzato da operazioni ermeneutiche multilivello, idonee a coniugare la tendenziale universalità dei diritti con la specificità delle diversificate situazioni storiche, rimodellando il piano operativo dell'art. 12 delle preleggi del codice civile<sup>21</sup>.

In questa prospettiva, un ruolo essenziale esprime la motivazione dei provvedimenti. La legittimazione della giurisdizione e della magistratura si fonda proprio sulla motivazione, quale spiegazione razionale della decisione.

È una visione di grande impegno che richiama l'etica della responsabilità. E che interpella tutti in un grande sforzo di coerenza istituzionale, proprio perché l'espansione del diritto europeo sia incubatore di principi che possano vivere positivamente all'interno di uno Stato di diritto.

<sup>21</sup> Con riferimento alle disposizioni contenute nella direttiva sull'ordine investigativo europeo, si è parlato di una vera e propria «metamorfosi del diritto delle prove», sostituendo le regole che presidiavano la circolazione transnazionale di materiale probatorio, tradizionalmente scandite dalla *lex fori* o dalla *lex loci*, in «norme a struttura aperta». V. M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *DPC*, 28 luglio 2017, reperibile *online*.

*Abstract*

## DALLE ROGATORIE ALL'ORDINE DI INDAGINE EUROPEO

Il d.lgs. n. 149/2017 ha riscritto l'intero Libro XI del codice di procedura penale mentre con il d.lgs. n. 108/2017 si è data attuazione alla direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale (OEI) che (con alcune eccezioni) ha sostituito le rogatorie nella raccolta transnazionale delle prove nel contesto dell'Unione europea. La linea ispiratrice del nuovo strumento è sempre quella della cooperazione orizzontale. L'OEI è trasmesso direttamente dall'autorità giudiziaria di emissione a quella di esecuzione. Punti critici rimangono le regole di ammissibilità delle prove con la necessità, o meno, dell'autorizzazione da parte di un giudice o di un pubblico ministero, la presenza di una base concreta e la riferibilità del procedimento a reati di una certa gravità e rispetto all'osservanza del criterio della "doppia legalità" nazionale, nonché della possibilità che l'atto istruttorio avrebbe potuto essere emesso "alle stesse condizioni in un caso interno analogo"; oltre al rispetto delle regole nazionali applicabili in un caso interno analogo, è previsto per lo Stato richiedente un preliminare vaglio in ordine alla necessità dell'attività richiesta ai fini del procedimento, nonché alla proporzionalità della stessa in relazione allo scopo al quale è preordinata. Questa ricostruzione porta a sottolineare il collegamento strutturale dell'istituto con la fattispecie concreta cui fa riferimento l'atto investigativo, ma evidenzia anche la problematicità di una variazione che, allo stato, sembra sollecitare il ruolo del giudice nella sua attività di interpretazione anche come fonte del diritto di matrice giurisprudenziale.

FROM LETTERS OF REQUEST TO EUROPEAN  
INVESTIGATION ORDER

Legislative Decree No. 149/2017 has reformed the entire Book XI of the Italian Code of Criminal Procedure and Legislative Decree No. 108/2017 has implemented Directive 2014/41/EU on the

European Investigation Order (EIO), that (with some exceptions) has replaced the Letters of Request in the cross-border collection of evidence at EU level. The EIO is transmitted directly to the competent authority of another Member State for its execution (the executing State). Critical issues concern the rules on the admissibility of evidence, whether or not it requires authorization by a judge or a public prosecutor, the presence of a concrete basis and the possibility that the proceedings may relate to offences of a certain severity and the verification of compliance with the criterion of national “double criminality”, as well as the possibility that the investigative act could have been issued “under the same conditions in a similar domestic case”. In addition to the compliance with the fundamental principles of law of the executing State and its essential national security interest, it is provided that the issuing State has to verify previously whether the issuance of the EIO is necessary and proportionate for the purpose of the proceedings taking into account the rights of the suspected or accused person. This reconstruction leads to underline the essential link between the new tool for collecting evidence and the criminal case concerned by the investigations, but it also brings out critical issues about a variation which currently seems to stimulate and increase the role of the judge in his interpretative activity also as a source of jurisprudential law.

**IV SEZIONE**  
**SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA**  
**E FLUSSI MIGRATORI**



# RECENTI SVILUPPI DEL REGIME DELLE FRONTIERE ESTERNE NELLO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA

*Giandonato Caggiano\**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Delimitazione dei confini e regime delle frontiere. – 3. L'esercizio della competenza concorrente nel Codice Frontiere Schengen. – 4. Il ripristino delle frontiere interne e lo Spazio Schengen. – 5. L'Agenzia della guardia di frontiera e costiera europea dopo la riforma del 2019. – 6. Il respingimento alla frontiera e la deroga alla direttiva-rimpatri. – 7. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul trattenimento nelle zone di frontiera. – 8. Il divieto di espulsione collettiva: la sentenza della Grande Camera in *ND e NT*. – 9. Esternalizzazione e competenze degli Stati membri nelle relazioni esterne. – 10. L'interpretazione del criterio di attraversamento illegale ai fini della competenza ad esaminare una richiesta di protezione internazionale di primo ingresso nel regolamento Dublino III. – 11. Segue: a seguito di salvataggio in mare.

## 1. *Introduzione*

Il tema oggetto di questo contributo richiede una premessa concettuale e terminologica<sup>1</sup>. Nei trattati istitutivi si prevede una politica delle frontiere dell'Unione nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia; negli atti derivati ci si riferisce alla «sezione della frontiera esterna controllata da uno Stato membro». In realtà, un autonomo concetto di frontiera esterna non è contemplato nel diritto dell'Unione, mentre sarebbe più corretto riferirsi alla “sommatoria” delle frontiere che gli Stati membri e gli Stati associati Schengen presentano in comune

\* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea – Università Roma Tre.

NB. I titoli degli atti legislativi citati sono stati abbreviati con l'omissione dei riferimenti agli atti precedenti, sostituiti dal simbolo (...).

<sup>1</sup> Ci siamo occupati del tema in *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di “paese di primo ingresso” per gli Stati Schengen con frontiere nel Mediterraneo*, in *Gli stranieri*, 2011, n. 2, p. 45 ss.



con Stati terzi<sup>2</sup>. Pertanto, il regime giuridico delle frontiere esterne ha un ambito distinto dall'estensione geografica dell'Unione così come dimostra, ad es., il confine fra Norvegia e Russia.

Le "porte di accesso" dello Spazio Schengen sono costituite dai valichi e dalle vicine zone di frontiera<sup>3</sup>. L'attraversamento in punti diversi dai valichi costituisce in sé un atto illegittimo. Di qui, il continuo rafforzamento delle strutture tecniche e di personale di frontiera, sostenuto anche da finanziamenti del bilancio dell'Unione e dall'attività dell'Agenzia della Guardia costiera e di frontiera (*d'ora in poi*: l'Agenzia)<sup>4</sup>.

La verticalizzazione (europeizzazione) dei poteri in materia continua però ad essere frenata da molti Stati membri, che pure condividono la "gestione integrata delle frontiere", come strumento principale della sopravvivenza dello Spazio Schengen e della libera circolazione di coloro che ne hanno diritto. Pertanto, negli ultimi anni, sono stati ripristinati i controlli alle frontiere fra alcuni Stati membri<sup>5</sup> e costruiti muri o barriere che tracciano le frontiere con Stati terzi e, persino, in un caso, fra due Stati membri<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Solo quelli partecipanti allo Spazio Schengen perché i controlli alle frontiere tra Bulgaria, Romania, Cipro e Croazia e lo Spazio Schengen restano sino a quando il Consiglio europeo non decida che le condizioni per l'abolizione dei controlli alle frontiere esterne sono state rispettate. Permane l'applicazione differenziata a Regno Unito (sino alla fine del periodo transitorio), Irlanda e Danimarca. Le norme sulle frontiere esterne si applicano anche agli Stati associati a seguito della sottoscrizione di un accordo sulla libera circolazione delle persone (Islanda, Norvegia, Svizzera e Liechtenstein).

<sup>3</sup> Una definizione di zona di frontiera è contenuta soltanto nel Regolamento (CE) n. 1931/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, che stabilisce norme sul traffico frontaliero locale alle frontiere terrestri esterne degli Stati membri, secondo cui tale zona si estende per non più di 30 chilometri oltre la frontiera (art. 3).

<sup>4</sup> Regolamento (UE) n. 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2019 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea (...).

<sup>5</sup> V. *infra*, par. 3.

<sup>6</sup> Alle frontiere esterne: Spagna-Morocco (Ceuta), Spagna-Morocco (Melilla), Grecia-Turchia, Bulgaria-Turchia, Ungheria-Serbia, Macedonia-Grecia, Regno Unito-Francia (porto di Calais), Latvia-Russia, Norvegia-Russia, Estonia-Russia, Lituania-Russia (Kalingrad). Alle frontiere con Stati membri non-Schengen: Slovenia-Croazia, Ungheria-Croazia. Alle frontiere interne: Austria-Slovenia, v. M. AKKERMAN, *The Business of Building Walls*, The Transnational Institute (TNI), November 2019, disponibile *online*.

Secondo i trattati, l'Unione adotta «misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne»<sup>7</sup>, nell'ambito di una politica volta a garantire il controllo delle persone e la sorveglianza efficace del loro attraversamento delle frontiere al fine di una loro “gestione integrata”<sup>8</sup>. Nella ricerca di nuovi assetti della divisione verticale dei poteri, l'integrazione europea ha compiuto significativi progressi, anche se il processo di “occupazione della competenza concorrente” da parte della legislazione dell'Unione è stato particolarmente cauto.

Un aspetto rilevante della materia è quello del rapporto fra disciplina dei controlli alle frontiere e del riconoscimento della protezione internazionale. Il Codice Frontiere Schengen (*d'ora in poi*: CFS)<sup>9</sup> fa «salvi i (...) diritti dei rifugiati e delle persone che richiedono protezione internazionale, in particolare per quanto riguarda il non respingimento»<sup>10</sup>. Gli Stati membri possono prevedere procedure accelerate nelle zone di frontiera o di transito per decidere sulle domande di protezione internazionale<sup>11</sup>.

Per gli Stati collocati alle frontiere esterne marittime è più difficile impedire l'ingresso nel territorio delle persone salvate in mare, pur utilizzando, come dimostra la recente prassi italiana, una “politica dei porti chiusi”<sup>12</sup>. Il complesso contenzioso in corso è causato dall'intreccio di responsabilità a livello di diritto interno, internazionale e dell'Unione europea. Ne sono coinvolti soggetti pubblici o privati (ONG) in riferimento all'obbligo internazionale di garantire uno sbarco in un “posto sicuro” (POS) alle persone salvate in mare.

Dalla crisi balcanica del 2015-16, la dimensione securitaria del-

<sup>7</sup> Art. 3, par. 2 TUE.

<sup>8</sup> V. art. 77 par. 1, lett. b) TFUE; COM (2002)233 def. 7 maggio 2002, *Verso una gestione integrata delle frontiere esterne degli stati membri dell'Unione europea*.

<sup>9</sup> Regolamento (UE) n. 2016/399 che istituisce il Codice Frontiere Schengen.

<sup>10</sup> *Ivi*, art. 3, par.1, lett. b).

<sup>11</sup> Il concetto di zona di frontiera è rilevante ai fini dell'applicazione della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (*d'ora in poi*: direttiva-procedure), v. art. 43, paragrafi 1 e 3.

<sup>12</sup> In tale contesto, la legittimità delle decisioni prese attende ancora di essere accertata a livello giurisdizionale. Tale aspetto esula dal campo di indagine di questo lavoro.

le frontiere ha assunto carattere prioritario<sup>13</sup>. Basti ricordare che il CFS proclama che la sorveglianza di frontiera «si prefigge principalmente lo scopo di impedire l'attraversamento non autorizzato della frontiera, di lottare contro la criminalità transfrontaliera e di adottare misure contro le persone entrate illegalmente»<sup>14</sup>. Come vedremo, il concetto di gestione integrata delle frontiere comprende anche il rimpatrio forzato<sup>15</sup>.

La gestione delle frontiere postula un continuo bilanciamento fra il diritto degli Stati membri a decidere sull'ammissione degli stranieri e il diritto alla protezione internazionale, in relazione al principio inderogabile di *non refoulement* verso un Paese in cui rischiano la vita o trattamenti disumani e degradanti (articoli 2 e 3 CEDU).

## 2. *Delimitazione dei confini e regime delle frontiere*

Rispetto al concetto di frontiere esterne, occorre distinguere la definizione di *confine*. Il trattato fa salva la competenza degli Stati membri riguardo alla delimitazione geografica delle rispettive frontiere, conformemente al diritto internazionale<sup>16</sup>. Le specifiche norme del Trattato riguardano non solo la determinazione delle frontiere esterne dell'Unione ma anche la delimitazione delle competenze de-

<sup>13</sup> L'azione dell'Unione è a garanzia di un «livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità» (art. 67 TFUE). La esclusiva competenza degli Stati membri per la sicurezza nazionale lascia loro un ampio margine di discrezionalità (articoli 4, par. 2, TUE e 73 TFUE).

<sup>14</sup> V. art. 13, par. 1 CFS. Le modalità di sorveglianza sono definite ai paragrafi da 2 a 5 della medesima norma nonché nell'allegato V, parte A.

<sup>15</sup> Art. 77, par. 1, lett. c) TFUE; direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. V. anche Raccomandazione (UE) 2017/432 della Commissione del 7 marzo 2017 per rendere i rimpatri più efficaci nell'attuazione della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, Allegato, p. 15. Il rimpatrio riguarda sia gli stranieri entrati in modo irregolare che quelli diventati successivamente irregolari per perdita del titolo di ingresso (*overstayer*).

<sup>16</sup> Art. 77, par. 4 TFUE: «Il presente articolo lascia impregiudicata la competenza degli Stati membri riguardo alla delimitazione geografica delle rispettive frontiere, conformemente al diritto internazionale».

gli Stati membri nell'esecuzione del diritto dell'Unione<sup>17</sup>. Tali norme implicano la coincidenza dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione con la sfera di sovranità degli Stati membri<sup>18</sup>.

Nel caso *Slovenia c. Croazia*<sup>19</sup>, il ricorso interstatale riguardava il preteso inadempimento della Croazia delle disposizioni del diritto primario dell'Unione (articoli 2 TUE e 4, par. 3, TUE) e del diritto secondario relativo alla politica comune della pesca, al CFS e alla pianificazione dello spazio marittimo. Quest'ultima: «(...) non inficia i diritti sovrani e la giurisdizione degli Stati membri sulle acque marine che derivano dal pertinente diritto internazionale (...) né influisce sul delineamento e la delimitazione delle frontiere marittime da parte degli Stati membri in conformità delle pertinenti disposizioni dell'UNCLOS»<sup>20</sup>. Al contrario, la Corte non era stata adita per valutare l'applicabilità o la validità dell'accordo arbitrale in relazione alla disputa fra i due Stati membri per la definizione delle frontiere marittime dopo l'estinzione della ex-Jugoslavia.

La Corte ha affermato la mancanza di giurisdizione sulla defini-

<sup>17</sup> Articoli 52 TUE e 355 TFUE.

<sup>18</sup> F. SPITALERI, *Commento dell'art. 52 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 348 ss. In tal senso, la Corte ha dichiarato, in relazione all'articolo 355 TFUE (all'epoca art. 299 CE) che, «[m]ancando nel Trattato definizioni più precise del territorio compreso nella sovranità di ogni Stato membro, spetta ad ogni Stato membro stabilire l'estensione e i limiti di tale territorio, conformemente alle regole del diritto internazionale pubblico», sentenza del 29 marzo 2007, causa C-111/05, *Aktiebolaget NN*, ECLI:EU:C:2007:195, punto 54.

<sup>19</sup> V. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 31 gennaio 2020, causa C-457/18, *Slovenia c. Croazia*, ECLI:EU:C:2020:65. V. anche le conclusioni dell'Avvocato generale G.P. PIKAMÄE, presentate l'11 dicembre 2019, ECLI:EU:C:2019:1067. Per un primo commento, v. J. GAŠPERIN, *When Violations of International and EU Law Overlap On the Lack of Jurisdiction of the ECJ in the Advocate General's Opinion in Slovenia v. Croatia*, in *Verfassungsblog*, reperibile online, 6 January 2020; T. BICKL, *The Advocate General's Opinion on Slovenia v Croatia: A proper reflection of international law and the EU's role in the Arbitration Agreement?*, in *The NCLOS Blog*, reperibile online, 7 January 2020; ID., *Croatia: What role for international law in EU-accession dispute settlement?*, *ivi*, 18 February 2020.

<sup>20</sup> Direttiva 2014/89/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo*, del 23 luglio 2014, specialmente art. 2, par. 4.

zione dei confini secondo le regole del diritto internazionale<sup>21</sup>, riconoscendo carattere accessorio agli aspetti di diritto dell'Unione nella controversia fra i due Stati membri. Pertanto, nell'ambito di un ricorso per inadempimento, la Corte di giustizia ritiene di doversi pronunciare sul comportamento di uno Stato membro in violazione del diritto dell'Unione, mentre non è competente ad esaminare le controversie interstatali vertenti su contenziosi territoriali. Diversamente, non è escluso che la Corte possa dichiararsi competente nell'ambito di un ricorso *ex art. 273 TFUE*, secondo cui può «conoscere di qualsiasi controversia tra Stati membri in connessione con l'oggetto dei trattati, quando tale controversia le venga sottoposta in virtù di un compromesso»<sup>22</sup>.

Al riguardo, l'Avvocato generale Pikamäe ha sottolineato nelle sue conclusioni, che: «l'Unione, a differenza di uno Stato, non dispone di una 'competenza territoriale' in forza del diritto internazionale, vale a dire di un titolo di sovranità sul proprio territorio, né di un 'territorio dell'Unione' comparabile a un 'territorio federale'»<sup>23</sup>.

### 3. *L'esercizio della competenza concorrente nel Codice Frontiere Schengen*

L'esercizio della competenza concorrente ha prodotto un ampio livello di armonizzazione legislativa. In particolare, il CFS stabilisce norme per l'attraversamento delle frontiere esterne da parte dei cittadini dei paesi terzi, in relazione alle verifiche e alle condizioni d'ingresso<sup>24</sup>, *in primis*, la condizione di non segnalazione nel SIS ai fini

<sup>21</sup> V. direttiva 2014/89/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo*, del 23 luglio 2014, art. 2, par. 4.

<sup>22</sup> V. Conclusioni dell'Avvocato generale P. PIKAMÄE, nota 50.

<sup>23</sup> Sentenze del 15 dicembre 2015, cause riunite da C-132/14 a C-136/14, *Parlamento e Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2015:813, sulla modifica dello *status*, nei confronti dell'Unione europea, di Mayotte; del 4 maggio 2017, causa C-17/16, *El Dakkak e Intercontinental*, ECLI:EU:C:2017:341, sulla omessa dichiarazione del possesso di una importante quantità di valuta in una zona di transito aeroportuale.

<sup>24</sup> Regolamento (UE) n. 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen).

della non ammissione<sup>25</sup>. Le autorità di polizia verificano, tra l'altro, le informazioni presenti nelle altre banche-dati collegate dall'applicazione del principio dell'interoperabilità<sup>26</sup>. All'esito delle verifiche di frontiera, può essere disposto il respingimento immediato mediante una decisione (ricorribile) dell'autorità nazionale competente che, se del caso, contenga le motivazioni della non-ammissione del cittadino di uno Stato terzo<sup>27</sup>.

Connessa alla politica della gestione delle frontiere è la politica dei visti e degli altri titoli di soggiorno di breve durata<sup>28</sup>. Il Codice visti ha consolidato il sistema di regole che consentono la circolazione nel territorio degli Stati membri<sup>29</sup>. Di competenza esclusiva dell'Unione è la definizione dell'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto per l'attraversamento delle frontiere esterne<sup>30</sup>. Negli emendamenti al Codice visti, si introduce il criterio

<sup>25</sup> Tra le verifiche previste alle frontiere rientra: la non segnalazione nel SIS ai fini della non ammissione (art. 6, par. 1, lett. d) CFS).

<sup>26</sup> Tali verifiche si applicano ormai anche ai cittadini dell'Unione per effetto della modifica del CFS (art. 8), v. regolamento (UE) n. 2017/458 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017 (...). Per quanto riguarda le banche dati pertinenti, v. G. CAGGIANO, *L'interoperabilità fra le banche-dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi*, in *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 657 ss.

<sup>27</sup> A tale provvedimento consegue, l'obbligo del vettore di prendere in carico e ricondurre il passeggero nello Stato di provenienza (o in quello che ha rilasciato il documento di viaggio), dall'altro, la responsabilità delle autorità nazionali di impedire il suo ingresso nel territorio. Il provvedimento di respingimento immediato può determinare la permanenza all'interno di appositi locali di attesa della zona di transito.

<sup>28</sup> Art. 77, par. 2, TFUE.

<sup>29</sup> Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), così come, da ultimo, modificato Reg. (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016; Regolamento (UE) n. 2019/1155 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019.

<sup>30</sup> Per le ultime modifiche v. Regolamento (UE) n. 2019/1155 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 recante modifica del regolamento (CE) n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), europeo e del Consiglio; v. anche Regolamento (UE) n. 2018/1806 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle

del rapporto fra trattamento delle domande di visto e collaborazione degli Stati terzi nella riammissione dei propri cittadini che risultino in condizione irregolare in uno Stato membro. In caso di mancata collaborazione di uno Stato terzo, il Consiglio può adottare una decisione di esecuzione che applichi specifiche misure restrittive.

Nella sentenza *E.P.*<sup>31</sup>, la Corte di giustizia ha riconosciuto un ampio potere discrezionale alle autorità nazionali nelle decisioni di respingimento o allontanamento di un cittadino di uno Stato terzo, non sottoposto all'obbligo di visto quando ritenga che costituisca una minaccia per l'ordine pubblico.

#### 4. *Il ripristino delle frontiere interne e lo Spazio Schengen*

Negli ultimi anni, alcuni Stati membri hanno reintrodotta controlli alle frontiere interne, sulla base della procedura dell'art. 29 CFS che ne consente il ripristino quando «gravi carenze nel controllo delle frontiere esterne (...) mettono a rischio il funzionamento generale dell'area senza controllo alle frontiere interne»<sup>32</sup>.

frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo (codificazione). V., *inter alia*, S. PEERS, *The revised EU visa code: controlling EU borders from a distance*, in *Eu Law Analysis*, 17 April 2019; G. MORGESE, *Dublin system, "scrooge-like" solidarity and the EU law: are there viable options to the never-ending reform of the Dublin III regulation?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, n. 3, p. 86 ss., spec. a p. 95 ss.

<sup>31</sup> Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 2019, causa C-380/18, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid c. E.P.*, ECLI:EU:C:2019:1071. Per la discrezionalità nella concessione di un visto, v. sentenza del 19 dicembre 2013, causa C-84/12, *Koushkaki*, ECLI:EU:C:2013:862, punti da 56 a 60.

<sup>32</sup> Scaduto il termine massimo di due anni sinora previsto, sei paesi (Austria, Danimarca, Francia, Germania, Norvegia e Svezia) hanno comunque prolungato i controlli alle frontiere, lasciando la questione della loro legittimità in un limbo giuridico. Per una ricostruzione della questione, v. G. CAGGIANO, *Il processo decisionale dell'Unione europea a fronte del crescente sovranismo euroscettico. Ritorno al metodo intergovernativo per la questione europea dell'immigrazione?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 553 ss., a p. 571 ss. Sul negoziato legislativo in corso, v. COM (2017)571, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 2016/399 per quanto riguarda le norme applicabili al ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne. Sulla pro-

Al momento, la legittimità del ripristino dei controlli alle frontiere da parte di alcuni Stati membri resta in sospeso in attesa di una riforma dai tempi e dal contenuto incerto. Oltre che a generali motivi di sicurezza per la lotta al terrorismo, il ripristino in parola è condizionato al blocco della riforma del Pacchetto-asilo che, secondo le aspettative di vari Stati membri, dovrebbe arginare i movimenti secondari dei richiedenti asilo. Si tratta di coloro che dopo essere entrati irregolarmente tramite la frontiera esterna di uno Stato-membro, vi presentano una (prima) domanda per poi ripresentarla in un secondo Stato membro oppure presentano direttamente una domanda in uno Stato membro diverso da quello dello Stato di ingresso<sup>33</sup>.

Il CFS prevede che: «In caso di ripristino del controllo di frontiera alle frontiere interne, si applicano *mutatis mutandis* le pertinenti disposizioni (...)»<sup>34</sup> relative al controllo delle frontiere esterne<sup>35</sup>. Secondo l'Avvocato generale Szpunar: «Uno Stato membro che, in forza del codice frontiere Schengen, è incaricato di controllare le frontiere esterne di tale spazio, agisce nell'interesse di tutti gli Stati membri dello spazio Schengen. Per contro, uno Stato membro che decide di ripristinare i controlli alle frontiere interne agisce nel proprio interesse»<sup>36</sup>.

La procedura specifica dell'art. 29 CFS può essere decisa dalla Commissione anche a fronte di circostanze eccezionali alle frontiere esterne. La procedura può essere attivata in caso di rifiuto a cooperare da parte di uno Stato, malgrado le ripetute segnalazioni dell'Agenzia sulla valutazione negativa di vulnerabilità del medesimo Stato

posta vi è stato un aspro confronto fra Consiglio e Parlamento che ha comunque ritenuto di adottare una sua posizione in prima lettura, v. P8\_TA(2019)356, Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 4 aprile 2019.

<sup>33</sup> Da ultimo, v. S. CARRERA, M. STEFAN, R. CORTINOVIS, N.C. LUK, *When mobility is not a choice Problematising asylum seekers' secondary movements and their criminalisation in the EU*, in *CEPS Paper*, No. 2019/11, December 2019.

<sup>34</sup> Art. 32 CFS.

<sup>35</sup> Considerata la diversità fra le due tipologie di frontiere, non si estende però in tal caso la facoltà degli Stati-membri di respingimento immediato alla frontiera esterna, previsto dalla direttiva-rimpatrio, art. 2, par. 2, lett. a) v. sentenza del 19 marzo 2019, causa C-444/17, *Abdelaziz Arib e al.*, ECLI:EU:C:2019:220.

<sup>36</sup> V. le conclusioni presentate il 17 ottobre 2018, causa C-444/17, *Arib*, ECLI:EU:C:2018:836, paragrafi 58 e 59.



membro rispetto alla capacità di affrontare l'emergenza<sup>37</sup>. Si tratta di un'estensione dell'applicabilità di quanto già previsto in situazioni di crisi originate dal ripristino delle frontiere interne<sup>38</sup>.

##### 5. *L'Agenzia della guardia di frontiera e costiera europea dopo la riforma del 2019*

L'Agenzia è la più importante con competenze in materia di sicurezza interna<sup>39</sup>, specie dopo la creazione di un corpo permanente di guardie di frontiera ed il suo rafforzamento nei settori della cooperazione con gli Stati terzi e nelle attività comuni di rimpatrio. Il sistema di informazione Eurosur, le cui disposizioni riguardano il salvataggio di vite in mare, è stato inglobato nell'Agenzia senza tuttavia prevedere specifici obblighi degli Stati membri rispetto alle attività di SAR<sup>40</sup>.

L'evoluzione della sua attività manifesta un processo di verticalizzazione/europeizzazione dei poteri: dal mero coordinamento delle autorità nazionali all'esercizio di rilevanti poteri operativi per la gestione integrata delle frontiere. Dopo la crisi migratoria dei Balcani, l'Agenzia è stata riorganizzata e rinominata Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, anche se non è stata subito dotata di un corpo permanente di guardie frontiera<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Dopo tale valutazione il direttore esecutivo individua le misure ritenute opportune e, se del caso, la questione è sottoposta a ulteriore decisione del consiglio di amministrazione. Nella eventuale escalation di misure, il Consiglio su proposta della Commissione adotta una decisione esecutiva che identifica le misure da attuare, chiedendo allo Stato membro interessati di cooperare nella loro attuazione.

<sup>38</sup> Art. 42, par. 10 del Regolamento (UE) n. 2019/1896, cit.

<sup>39</sup> Per un'analisi della fase iniziale, v. G. CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell'Agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo*, XIV Convegno SIDI, Bari, 18-19 giugno 2009, Napoli, 2010, p. 403 ss.

<sup>40</sup> COM(2018) 632 final, 12 settembre 2018, Relazione sulla valutazione del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR); FRA, *How the Eurosur Regulation affects fundamental rights*, September 2018.

<sup>41</sup> Regolamento (UE) n. 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea (...). Sulla riforma, *inter alia*, v. S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, *A European Border and Coast Guard: What's in a name?*, in CEPS Paper No. 88, March, 2016; P. DE BRUYCKER, *The European Border and Coast Guard: A New Model Built on an Old Logic*, in *European*

Il regolamento (UE) n. 2019/1896 del 13 novembre 2019<sup>42</sup> attribuisce nuovi compiti e poteri all'Agenzia. Dal punto di vista istituzionale, l'Agenzia risponde del proprio operato al Parlamento europeo e al Consiglio (art. 6)<sup>43</sup>. Nel regolamento-statuto si ribadisce che gli Stati membri conservano la responsabilità primaria nella gestione delle proprie sezioni di frontiere esterne<sup>44</sup>. La gestione integrata delle frontiere rappresenta una responsabilità condivisa fra l'Agenzia e le autorità nazionali, ma gli Stati membri ne rivendicano formalmente la loro responsabilità primaria. Tale condivisione di responsabilità richiede il rispetto dell'obbligo di buona fede e dello scambio di informazioni accurate e tempestive.

Nella divisione verticale dei poteri, l'obbligo di attuare le politiche dell'Unione spetta agli Stati membri. Pertanto, ogni volta che l'UE è coinvolta tramite una sua agenzia, specie se con l'impiego di personale statutario ed esperti sul campo, gli Stati membri tendono a riaffermare la propria competenza nell'attuazione del diritto derivato dell'Unione.

Le funzioni di monitoraggio/supervisione e di operatività dell'Agenzia risultano collegate, così da poter determinare un conflitto di interesse se non accuratamente definite<sup>45</sup>. La prima funzione di monitoraggio sugli aspetti tecnici e operativi (ad es. tramite la valutazione della vulnerabilità dei sistemi nazionali di frontiera) costituisce uno strumento di comparte-

*Papers*, 2016, n. 2, p. 559 ss.; S. PEERS, *The Reform of Frontex: Saving Schengen at Refugees' Expense?*, in *EU Law Analysis*, 16 December 2015; J. RIJPMAN, *Frontex and the European system of border guards: The future of European border management*, in M. FLETCHER, E. HERLIN-KARNELL, C. MATERA (eds.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, London, 2017, p. 229 ss.; D. VITIELLO, *Agencification as a Key Component of the EU Externalisation Toolkit. Observations on a Silent Escape from the Rule of Law*, in *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, Leiden, 2018, p. 125 ss.

<sup>42</sup> Regolamento (UE) n. 2019/1896, cit. Per approfondimenti, v. M. GKLIATI, *The next phase of the European Border and Coast Guard: towards operational effectiveness* *EU Law Analysis*, in [www.eulawanalysis.blogspot.com](http://www.eulawanalysis.blogspot.com), 8 October 2018; D. VITIELLO, E. DE CAPITANI, *Il Regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della Guardia di frontiera e costiera europea: da "Fire brigade" ad amministrazione europea integrata?*, in *SIDIBlog*, 6 dicembre 2019.

<sup>43</sup> La sua attività è sottoposta alla giurisdizione della Corte di giustizia (art. 98) e alle indagini amministrative del Mediatore europeo (art. 119).

<sup>44</sup> Regolamento (UE) n. 2019/1896 del 13 novembre 2019, cit., art. 7, par. 1.

<sup>45</sup> E. VOS, *EU Agencies and Independence*, in D. RITNLEG (ed.), *Independence and Legitimacy in the Institutional System of the European Union*, Oxford, 2016, p. 2, a p. 18 ss.

cipazione e sostegno dell'Agazia al ruolo esecutivo della Commissione. Il compito generale più rilevante consiste nell'adozione della strategia operativa e tecnica (da definire con decisione del consiglio di amministrazione e su proposta del direttore esecutivo), che inquadra le strategie nazionali.

Tale ruolo serve a predisporre l'eventuale necessaria assistenza allo Stato membro, identificando particolari pressioni e i punti di debolezza dei sistemi nazionali, nonché la possibile gradazione delle misure di tipo esecutivo in base ad una progressione che può portare all'adozione di un atto di esecuzione del Consiglio. Al riguardo, i principi della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla delega di poteri alle agenzie<sup>46</sup> postulano che la discrezionalità esecutiva non consenta alla Agazia da sola di sviluppare le funzioni che spettano agli organi legislativi. Sul piano giuridico-istituzionale, la partecipazione degli Stati membri nei Consigli di amministrazione di un'agenzia caratterizza il concetto di amministrazione integrata ed il carattere composito o condiviso dell'esecutivo dell'Unione.

Sul piano dell'operatività, la principale innovazione è invece senza dubbio il conferimento di poteri esecutivi al corpo statutario permanente di guardie di frontiera, in grado di contribuire ad un nuovo dispositivo di sicurezza alle frontiere esterne<sup>47</sup>. In ogni caso, una missione operativa può essere dispiegata dall'Agazia solo in collaborazione con lo Stato di frontiera che comanda anche le forze sul campo<sup>48</sup>. Il personale del corpo permanente inviato in uno Stato membro potrà esercitare, previa autorizzazione dello Stato membro ospitante<sup>49</sup>, alcuni poteri esecutivi relativi al controllo di frontiera o al rimpatrio<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Sentenze della Corte del 13 giugno 1958, causa 9/56, *Meroni*, ECLI:EU:C:1958; (Grande Sezione) 22 gennaio 2014, causa C-270/12, *Regno Unito c. Parlamento europeo e Consiglio*, ECLI:EU:C:2014:18.

<sup>47</sup> Il corpo dovrebbe raggiungere il numero di diecimila ufficiali entro il 2027.

<sup>48</sup> Ad esempio, i migranti irregolari devono essere consegnati alle autorità locali per l'avvio delle procedure di asilo o delle indagini di polizia.

<sup>49</sup> V. art. 82, *Compiti e competenze dei membri delle squadre*: «(...) 2. Lo svolgimento dei compiti e l'esercizio dei poteri da parte dei membri delle squadre, in particolare quelli che richiedono poteri esecutivi, sono soggetti all'autorizzazione dello Stato membro ospitante sul suo territorio nonché al diritto dell'Unione, nazionale o internazionale applicabile (...)».

<sup>50</sup> V. Art. 55.

Le disposizioni dei Trattati non consentono una surrogazione delle autorità nazionali con l’Agenzia nel contesto della gestione delle frontiere esterne, dal momento che l’ordine pubblico rimane di competenza degli Stati membri<sup>51</sup>. In definitiva, non esiste un “diritto di intervento” dell’Agenzia o delle istituzioni dell’Unione nella condotta di uno Stato membro nella gestione delle frontiere<sup>52</sup>.

Nel regolamento del 2016 era già stato incluso tra gli obiettivi dell’agenzia «affrontare un crimine grave con una dimensione transnazionale». Il coinvolgimento maggiore nell’esecuzione delle operazioni di rimpatrio sottolinea anche il passaggio a un ruolo di custode della sicurezza “a tutto campo”. Sebbene l’Agenzia non entri nella validità della decisione dello Stato membro, ha allo stesso tempo l’obbligo di rispettare il principio di *non refoulement*<sup>53</sup>. Il principio della fiducia reciproca viene applicato per analogia alle relazioni tra l’Agenzia e gli Stati membri, comportando una presunzione di validità della decisione di rimpatrio emessa da uno Stato membro. Si può tuttavia ritenere che questa presunzione sia confutabile in caso di difetti sistemici nel sistema giudiziario o amministrativo dello Stato membro in parola.

Per il diritto dell’Unione, l’attività di sorveglianza delle frontiere marittime non si può dissociare da quella del soccorso<sup>54</sup>. Ciò è

<sup>51</sup> Articoli 4, par. 2, del TUE e 72 del TFUE.

<sup>52</sup> Nella fase di negoziato di tale regolamento, la Commissione aveva proposto il potere dell’Agenzia di schierare guardie sul territorio di uno Stato membro senza previa consultazione del Consiglio o dello Stato membro interessato, COM(2015)671 final, 15 dicembre 2015 (proposta di art.18); COM(2018) 631 final, proposta di art. 43, par. 9, II cpv.

<sup>53</sup> Regolamento 2019/1896, cit., art. 48, par. 1.

<sup>54</sup> V., da ultimo, i contributi di D. GHEZELBASH, V. MORENO-LAX, N. KLEIN, B. OPESKIN, *Securitization of Search and Rescue At Sea: The Response to Boat Migration In The Mediterranean and Offshore Australia*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, p. 315 ss.; G. CATALDI, G. BEVILACQUA, P. TURRINI, K. NERI, M. FANTINATO, F. DE VITTOR/M. STARITA, V. SCHATZ/F. ENDEMANN, *Symposium: Search and Rescue: Balancing Humanitarian and Security Reasons*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2019; I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, n. 2, p. 507 ss.; S. CARRERA, R. CORTINOVIS, *Search and rescue, disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean. Sailing Away from Responsibility?*, in *CEPS Papers*, No. 2019-10, June 2019.

esplicitamente previsto dal regolamento (UE) n. 1052/2013 Eurosur e, soprattutto dal regolamento (UE) n. 656/2014 relativo alla sorveglianza delle frontiere marittime esterne, limitatamente al contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia<sup>55</sup>. Quest'ultimo regolamento collega l'attività di soccorso in mare all'attività di sorveglianza e pattugliamento prevedendo la centralizzazione delle informazioni sui natanti in difficoltà e la loro trasmissione al centro nazionale di coordinamento dello Stato membro ospitante. Lo Stato membro che ospita e guida l'operazione deve accettare lo sbarco dei migranti salvati in mare nel caso in cui non vi siano altre possibilità di identificare un luogo di sicurezza in modo rapido ed efficace. L'innovazione apportata riguarda la possibilità di prevedere luoghi diversi di sbarco delle persone soccorse, posto che «i migranti soccorsi dovranno essere fatti sbarcare nel porto più vicino al punto in cui è stato effettuato il salvataggio in mare». Tale regolamento contempla infatti la possibilità di includere, nel piano operativo, «dettagli adattati alle circostanze dell'operazione marittima interessata»<sup>56</sup>.

La responsabilità per violazione dei diritti umani, anche ai sensi della Carta, da parte del corpo statutario permanente è stringente, in conformità con la responsabilità dell'Agenzia<sup>57</sup>. Gli Stati membri restano, invece, responsabili delle violazioni commesse da personale distaccato. Il conferimento di poteri esecutivi al personale dell'UE sottolinea la necessità di ricorsi giudiziari e norme in materia di re-

<sup>55</sup> Regolamento (UE) n. 656/2014 recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea. V., *inter alia*, M. FERNANDEZ, *The EU External Borders Policy and Frontex, Coordinated operations at Sea: Who is in charge? Reflection on Responsibility for Wrongful Acts*, in V. MORENO-LAX, E. PAPASTAVRIDIS (eds.), *"Boat Refugees" and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach. Integrating Maritime Security with Human Rights*, Leiden, 2016, p. 407 ss.; S. MARINAI, *The interception and rescue at sea of asylum seekers in the light of the new EU legal framework*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2016, p. 901 ss.

<sup>56</sup> V. art. 10, Sbarco, nonché art. 9, Situazioni di ricerca e soccorso.

<sup>57</sup> A. CALIGIURI, *Le operazioni di contrasto dell'immigrazione clandestina alle frontiere marittime dell'Unione europea e la tutela dei richiedenti asilo*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO, *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamento sovranazionale*, Padova, 2010, p. 359 ss., spec. a p. 367 ss.

sponsabilità in caso di violazioni dei diritti fondamentali nel contesto dell'attività operativa congiunta coordinata. Sebbene il meccanismo per i reclami individuali costituisca uno strumento importante, non costituisce un rimedio giudiziario ai sensi dell'art. 47 della Carta<sup>58</sup>.

Infine, va detto che sarà difficile accrescere il tasso di trasparenza delle attività dell'Agenzia. Il Tribunale ha recentemente giustificato il rifiuto di fornire informazioni da parte dell'Agenzia nella sentenza *Izuzquiza e Semsrott*, ribadendo il potenziale pregiudizio per la sicurezza pubblica che deriverebbe nel comunicare le posizioni delle navi della missione bei confronti dei trafficanti<sup>59</sup>. L'obbligo di comunicazione e di trasparenza, così come il dovere di fornire al pubblico informazioni precise, dettagliate, tempestive ed esaustive sulle attività, non include la divulgazione di informazioni operative che, se rese pubbliche, comprometterebbero il raggiungimento dell'obiettivo delle operazioni<sup>60</sup>.

## 6. *Il respingimento alla frontiera e la deroga alla direttiva-rimpatri*

Nell'ambito di questo contributo occorre prendere in esame il collegamento tra le diverse tipologie di pratiche alle frontiere e il di-

<sup>58</sup> R. MUNGIANU, *Frontex and Non-Refoulement. The International Responsibility of the EU*, Cambridge, 2016; M. FINK, *Frontex and Human Rights. Responsibility in 'Multi-Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability Law*, Oxford, 2018; S. CARRERA, M. STEFAN (eds.), *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsion of Irregular Immigrants*, in *The European Union Complaint Mechanisms and Access to Justice*, 2020.

<sup>59</sup> V. Art. 10(2) Regolamento 2019/1896, cit. V. sentenza del Tribunale del 27 novembre 2019, T-31/18, *Izuzquiza e Semsrott*, ECLI:EU:T:2019:815. In relazione alla richiesta di documenti sulle imbarcazioni impegnate relativi a un'operazione navale condotta nel Mediterraneo centrale nel 2017, il Tribunale giustifica il diniego di accesso in considerazione dell'"eccezione relativa alla tutela dell'interesse pubblico in materia di sicurezza pubblica. Da ultimo, v. M. DAHLBERG, D. WYATT, *Is there a public interest in knowing what is going on in society? A comparative study of the European Courts*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, p. 691 ss.; M. INGLESE, *EU Agencies' External Activities and the European Ombudsman*, in H.C.H. HOFMANN, E. VOS, M. CHAMON (eds.), *The External Dimension of EU Agencies and Bodies Law and Policy*, Cheltenham, 2019, p. 164 ss.

<sup>60</sup> Regolamento (EU) 2019/1896, cit., art. 10.

vieto di espulsione<sup>61</sup>. Di recente, si sono verificati alle frontiere esterne terrestri e marittime dell'Unione varie tipologie di comportamento statale: politiche di respingimento di flussi misti di richiedenti asilo e migranti economici, decisioni di massa sulla non-ammissione, rimpatri sommari e rifiuti individuali immotivati di ingresso.

Il divieto di *refoulement* si applica a qualsiasi attività statale che incide, impedendo la presentazione della domanda alle frontiere, sulla posizione della persona bisognosa di protezione internazionale, nelle zone di transito aeroportuale come in altre parti del territorio di uno Stato<sup>62</sup>.

Tuttavia, gli Stati membri hanno la facoltà di *non* applicare la direttiva rimpatri ai “casi frontalieri”, ossia nei confronti di cittadini di paesi terzi che sono: sottoposti a respingimento alla frontiera oppure «fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro»<sup>63</sup>. In tale contesto, gli Stati hanno la facoltà di applicare le procedure nazionali di rimpatrio (al posto di quelle armonizzate a livello dell'Unione) purché siano rispettosi di un nocciolo duro di garanzie per quanto riguarda: limitazioni dell'uso di misure coercitive; rinvio dell'allontanamento; prestazioni sanitarie d'urgenza e considerazione delle esigenze delle persone vulnerabili; condizioni

<sup>61</sup> La nozione di espulsione va intesa in senso ampio: l'allontanamento, il respingimento, la rimozione dello straniero, ivi compresa l'intercettazione ed il respingimento di persone su un'imbarcazione in alto mare.

<sup>62</sup> Secondo la direttiva 2013/32/UE del 26 giugno 2013 del Parlamento europeo e del Consiglio recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (*d'ora in poi*: direttiva-procedure), v. art. 3, par.1: «1. La presente direttiva si applica a tutte le domande di protezione internazionale presentate nel territorio, compreso alla frontiera, nelle acque territoriali o nelle zone di transito degli Stati membri».

<sup>63</sup> Le norme rilevanti sono: l'art. 13 CFS e l'art. 2, par. 2, lett. a), della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (*d'ora in poi*: direttiva-rimpatri). In argomento, v. G. CAGGIANO, *La protezione umanitaria fra limiti tecnici e giuridici all'espulsione e integrazione socio-familiare degli stranieri irregolari*, in A. DI BLASE, G. BARTOLINI, M. SOSSAI (a cura di), *Diritto internazionale e valori umanitari, Atti in onore di Paolo Benvenuti*, Roma, 2019, p. 97 ss., p.103 ss.

di trattenimento; rispetto del principio di *non refoulement* e diritto di accesso alla procedura di asilo<sup>64</sup>.

### 7. *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul trattenimento nelle zone di frontiera*

L'alternativa all'attraversamento irregolare delle frontiere da parte dei cittadini degli Stati terzi riguarda l'esternalizzazione delle frontiere per la quale occorrono intese con lo Stato terzo affinché esso impedisca le partenze, dietro compensazioni da utilizzare per il rafforzamento dei controlli alle frontiere e/o nella fornitura di mezzi tecnologici (navi, automezzi, sistemi informatici) e di supporto logistico (addestramento di personale di sorveglianza, ecc.). È evidente che tali pratiche impediscono la possibilità di depositare una domanda di asilo<sup>65</sup>.

L'Unione ha una competenza concorrente nel settore del controllo delle frontiere esterne<sup>66</sup>. Tuttavia, in base al Protocollo n. 23 del Trattato di Lisbona, le misure che l'Unione europea può adottare non pregiudicano la competenza degli Stati membri a concludere accordi con Paesi terzi<sup>67</sup>. Ciò esclude che lo sviluppo della politica comune possa condurre, in base al principio del parallelismo, ad escludere la competenza degli Stati membri a concludere accordi internazionali in materia<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Art. 4, par. 4 della direttiva-rimpatri.

<sup>65</sup> Ai sensi dell'articolo 31 della Convenzione di Ginevra, intitolato Rifugiati in situazione irregolare nel Paese di accoglimento: «1. Gli Stati contraenti non applicheranno sanzioni penali per ingresso o soggiorno irregolare a quei rifugiati che, provenienti direttamente dal Paese in cui la loro vita o la loro libertà era minacciata (...), entrano o si trovano sul territorio senza autorizzazione, purché si presentino senza indugio alle autorità ed espongano ragioni ritenute valide per il loro ingresso o il loro soggiorno irregolare».

<sup>66</sup> Art. 4, par. 2, lett. j) TFUE.

<sup>67</sup> «Le disposizioni sulle misure relative all'attraversamento delle frontiere esterne di cui all'articolo 77, paragrafo 2, lettera b), del trattato sul funzionamento dell'Unione europea non pregiudicano la competenza degli Stati membri a negoziare o concludere accordi con i paesi terzi, a condizione che tali accordi rispettino il diritto dell'Unione e gli altri accordi internazionali pertinenti».

<sup>68</sup> F. CASOLARI, *L'interazione tra accordi internazionali dell'Unione europea ed accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi per il contrasto dell'immigrazione irregolare*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, n. 1, p. 1 ss., a p. 8 e 9:



In collegamento con la tendenza all'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento della protezione internazionale, il Consiglio europeo del giugno 2018 aveva proposto di "regionalizzare" gli sbarchi nei porti mediterranei dei Paesi terzi oppure in centri collocati in Stati membri volontariamente disponibili ("centri chiusi")<sup>69</sup>. Sull'esternalizzazione dei controlli sui flussi migratori, secondo lo schema dell'accordo Unione/Turchia, restano difficoltà insormontabili per l'indisponibilità di Paesi terzi ad accogliere campi di sbarco per il diffuso timore che le relative situazioni provvisorie siano destinate a stabilizzarsi nel tempo.

Il primo precedente europeo di esternalizzazione è rappresentato dall'attività di pattugliamento del Mediterraneo orientale da parte delle autorità di frontiera turche, in attuazione della Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016<sup>70</sup>.

Il secondo caso riguarda la cooperazione con il governo libico di Tripoli sulla base del *Memorandum* del febbraio 2017, che impedisce di fatto che i migranti soccorsi o intercettati in mare ricadano nella giurisdizione dell'Italia sulle navi o a seguito di sbarco, evitando così le responsabilità derivanti dal divieto di *refoulement* e di espulsioni collettive.

«essa pare infatti escludere che possa operare in materia un meccanismo generalizzato di *pre-emption* conseguente all'esercizio, da parte dell'Unione, del proprio *treaty-making power*. (...) Al fondo, può qui rinvenirsi una esemplificazione del rispetto che l'Unione deve mostrare – ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE – nei confronti delle funzioni essenziali dello Stato, funzioni tra le quali sono comprese il mantenimento dell'ordine pubblico e la tutela della sicurezza nazionale».

<sup>69</sup> Le conclusioni del Consiglio europeo sono state sviluppate nel Comunicato stampa della Commissione IP/18/4629, Gestione della migrazione: la Commissione approfondisce i concetti del sistema degli sbarchi e dei "centri controllati". Il comunicato riporta in allegato il link al *Non-paper on "controlled centres" in the EU* e al *Non-paper on regional disembarkation arrangements*. Per un inquadramento, v. da ultimo, S. CARRERA, R. CORTINOVIS, *Search and rescue, disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean. Sailing Away from Responsibility?*, in *CEPS papers*, No. 2019-10, June 2019.

<sup>70</sup> Per gli approfondimenti e la bibliografia si rinvia a G. CAGGIANO, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi integr. eur.*, 2015, p. 459 ss.; ID., *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti-asilo*, *ivi*, 2016, p. 221 ss.

Diversa la situazione per quanto riguarda la collaborazione dell'Italia e dell'Unione con il governo libico. La creazione di una zona Sar della Libia ha di fatto ridotto l'intervento delle navi private o militari, giustificando la pretesa di estraneità dalle operazioni. Se il coordinamento dell'operazione è stato guidato dalle autorità italiane, resta però la questione della legittimità della responsabilità condivisa per il soccorso in mare da parte di navi di un Paese-terzo che non può essere considerato "posto sicuro"<sup>71</sup>.

In relazione agli accordi di esternalizzazione a Stati terzi delle funzioni di controllo dell'immigrazione e dell'asilo ed alle attività dei funzionari operanti in uno Stato straniero può porsi la questione dell'attribuzione di responsabilità. L'Agenzia europea per i diritti fondamentali (FRA) ha sottolineato che «la responsabilità dello Stato può sorgere eccezionalmente quando uno Stato aiuta, assiste, dirige e controlla o costringe un altro Stato a impegnarsi in una condotta che viola gli obblighi internazionali» (FRA, 2016)<sup>72</sup>. Anche qualora il controllo princi-

<sup>71</sup> Sotto il profilo della responsabilità, ci si può allora chiedere se l'attività di cooperazione sia suscettibile di integrare le caratteristiche di un aiuto o assistenza alla conclusione di un atto internazionalmente illecito ai sensi dell'art. 16 del Progetto della Commissione del diritto internazionale. La responsabilità internazionale dello Stato è configurabile soltanto «se: a) quello Stato agisce così con la consapevolezza delle circostanze dell'atto internazionalmente illecito; e b) l'atto sarebbe internazionalmente illecito se commesso da quello Stato». Sul punto, v. anche F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di "accordi" per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, n. 1, p. 5 ss.; G. PASCALE, *"Esternalizzazione" delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell'Italia e dell'UE per complicità nelle gross violation dei diritti umani commesse in Libia*, in *Studi integr. eur.*, 2018, p. 413 ss.; R. PALLADINO, *Nuovo quadro di partenariato dell'Unione europea per la migrazione e profili di responsabilità dell'Italia (e dell'Unione europea) in riferimento al caso libico*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, n. 2, p. 104 ss.

<sup>72</sup> Ciò corrisponde agli articoli 16, 17 e 18 del progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati per gli atti internazionalmente illeciti, quando aiutano o assistono altri stati nella commissione di un "atto internazionale illecito", tra cui gravi violazioni dei diritti umani. L'art. 16 del progetto afferma: «A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if: (a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and (b) the act would be internationally wrongful if committed by that State». V. N.W. FRENZEN, *The Legality of Frontex Operation Hera-Type Migration Control Practices in*

pale delle attività sia lasciato allo Stato territoriale, sembra comunque possibile configurare una responsabilità condivisa per gli atti imputabili all'Unione europea o ad Agenzie dell'Unione (Frontex, Easo).

#### 8. *Il divieto di espulsione collettiva: la sentenza della Grande Camera in ND e NT*

Nel contesto del confinamento di una o più persone presso una zona di transito aeroportuale e di *hotspot*, la Corte EDU ha spesso proceduto nella sua giurisprudenza, alla valutazione di una misura privativa della libertà personale. Di recente, la questione è stata oggetto di due sentenze della Corte EDU emanate nello stesso giorno dalla stessa formazione della grande Camera. Il primo caso *Z.A. e altri c. Russia*<sup>73</sup> riguardava il prolungato trattenimento in condizioni degradanti di quattro uomini nell'area transito dell'aeroporto internazionale di Mosca in pendenza dell'esame delle loro domande d'asilo<sup>74</sup>. Alla luce delle circostanze del caso di specie (permanenza, durata, tipologia e restrizioni), la condizione dei ricorrenti è stata giudicata quale vera e propria forma di privazione della libertà personale e non solo una mera restrizione della libertà di movimento<sup>75</sup>.

Il secondo caso *Ilias et Ahmed c. Ungheria* riguardava i richiedenti asilo nella zona di frontiera presso il valico di confine con la Serbia<sup>76</sup>.

*Light of the Hirsi Judgement*", in T. GAMMELTOFT-HANSEN, J. VEDSTED-HANSEN (eds.), *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational Law Enforcement and Migration Control*, Abingdon -New York, 2017, p. 294 ss.

<sup>73</sup> Ricorsi nn. 61411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16) del 21 novembre 2019.

<sup>74</sup> I ricorrenti, dopo aver presentato richiesta d'asilo alle autorità di frontiera, venivano privati del passaporto e trattenuti nella zona di transito dell'aeroporto moscovita per un periodo compreso tra i cinque mesi e i due anni.

<sup>75</sup> Identico giudizio nella prima sentenza resa nel 2017, sia, all'unanimità, da quella pronunciata in formazione di Grande Camera.

<sup>76</sup> Precisamente nel porto di Röske sul fiume Tibisco. I problemi non sono stati risolti perché presso i valichi di frontiera di Horgos e Kelebija centinaia di persone vivono in campi profughi autogestiti pronti a tentare in ogni modo il passaggio della frontiera. Sulla sentenza, v. P. KILIBARDA, *Human Rights Deprivation of Liberty. The ECtHR's Ilias and Ahmed v. Hungary and Why It Matters*, in *EJIL: Talk!*, *Blog of the European Journal of International Law*, March 20, 2017.

La Corte EDU ha chiarito che gli individui alla frontiera devono avere accesso a una procedura finalizzata ad accertare la condizione di bisogno di protezione internazionale e la eventuale violazione del divieto di trattamenti disumani e degradanti in caso di rinvio nel Paese vicino. La Corte ha ritenuto che la permanenza nella zona di transito si configura come un periodo di attesa della valutazione della domanda di asilo e, in definitiva, della decisione in merito all'ingresso sul territorio. Il periodo necessario alla valutazione delle esigenze di protezione non può configurarsi come una privazione della libertà personale imputabile allo Stato, in considerazione del principio di proporzionalità della misura. Così le restrizioni imposte nella zona sarebbero da considerarsi conformi con il principio di necessità nonché funzionali all'esame delle loro domande di asilo. Inoltre, la Corte ritiene che i richiedenti avrebbero potuto lasciare volontariamente la zona, pur rinunciando alla domanda già presentata di asilo e senza la certezza di avere accesso ad altre nel Paese di provenienza. La sentenza in commento appare particolarmente restrittiva dei diritti individuali e rafforzativa dei poteri degli Stati contraenti.

Diversamente, sul versante del diritto dell'Unione europea, la Commissione ha deferito per inadempimento l'Ungheria per simili trattamenti davanti alla Corte di giustizia che sarà pertanto chiamata a confermare o respingere l'interpretazione dei comportamenti dello Stato nella zona di frontiera offerta dalla Corte EDU<sup>77</sup>. La legislazione ungherese non rispetterebbe i requisiti della direttiva-procedure poiché consente di presentare domande solo all'interno delle zone di transito in cui l'accesso è concesso solo a un numero limitato di persone e dopo lunghi periodi di attesa<sup>78</sup>. In ogni caso, l'Ungheria non garantisce un accesso effettivo alle procedure di asilo poiché i migranti irregolari vengono scortati oltre il confine, anche se desiderano presentare do-

<sup>77</sup> Ricorso proposto l'8 novembre 2019, causa C-821/19, *Commissione europea c. Ungheria*, non pubblicato.

<sup>78</sup> Ancor prima dell'entrata in vigore degli emendamenti alla legge ungherese sull'asilo e alla legge costituzionale già dall'8 marzo 2017, era possibile presentare una domanda di asilo solo nelle due zone di transito al confine fra Serbia e Ungheria, v. Hungarian Helsinki Committee (HHC), *One Year After, How legal changes resulted in blanket rejections, refoulement and systemic starvation in detention*, 1st July 2019.

manda. La Commissione europea ritiene che la detenzione indefinita di richiedenti asilo in zone di transito senza rispettare le garanzie procedurali applicabili sia in contrasto con le norme stabilite nella direttiva sulle condizioni di accoglienza. La legge ungherese non è inoltre conforme alla direttiva sui rimpatri in quanto non garantisce che le decisioni siano emesse individualmente e includano le necessarie informazioni sui possibili rimedi giurisdizionali in caso di rigetto. Di conseguenza, i migranti rischiano di essere rimpatriati senza le garanzie adeguate e in violazione del principio di non respingimento<sup>79</sup>.

### 9. *Esteralizzazione e competenze degli Stati membri nelle relazioni esterne*

La situazione alle frontiere esterne riguarda anche l'interpretazione del Protocollo n. 4 sul divieto di espulsione collettiva (art. 4)<sup>80</sup> che prescinde dalla condizione di regolarità delle persone coinvolte e non richiede alcun specifico requisito, mentre deve essere loro riconosciuta la possibilità reale, concreta ed effettiva di esporre le proprie ragioni contro il provvedimento di fronte alle competenti autorità nazionali<sup>81</sup>. Le garanzie procedurali, soprattutto diritto ad un esame individuale e ricorso avverso l'espulsione, devono essere rispettate anche in sede di respingimento alla frontiera<sup>82</sup>. Considerato che l'art.

<sup>79</sup> Il trattamento delle persone costrette a restare nelle zone di transito è particolarmente grave. La Commissione ha deciso di inviare un secondo parere motivato all'Ungheria in merito alla mancata fornitura di generi alimentari alle persone trattene nelle zone di transito dopo che la domanda di protezione internazionale sia stata respinta e le persone coinvolte siano in attesa di essere rimpatriate in un paese terzo. Secondo la Commissione, costringere i rimpatriati a rimanere nelle zone di transito ungheresi equivale a un trattenimento di fatto ai sensi della direttiva sui rimpatri, v. Press release, 10 October 2019, *Hungary: Commission takes next step in the infringement procedure for non-provision of food in transit zones*.

<sup>80</sup> ETS No. 046, Protocollo n. 4.

<sup>81</sup> Cfr. The UN Draft Articles on the Expulsion of Aliens, adopted in 2014 by the International Law Commission, ove si prevede espressamente che «the collective expulsion of aliens is prohibited» (art. 9).

<sup>82</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 1° settembre 2015, *Khlaifia e a. c. Italia*, ricorso n. 16483/12. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia e a. c. Italia*, ricorso n. 16483/12.

19, par. 1 della Carta corrisponde perfettamente all'art. 4 del prot. 4 CEDU, del 1963, la sua interpretazione deve essere collegata alla relativa giurisprudenza della Corte EDU (art. 52, par. 3)<sup>83</sup>.

Nella valutazione del bilanciamento degli interessi in gioco, particolare rilievo assume la recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.

Sinora i pochi precedenti riguardavano gli stranieri presenti sul territorio nazionale dello Stato interessato<sup>84</sup>. Il caso *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*<sup>85</sup> riguardava le operazioni di respingimento in alto mare e il trasferimento di migranti irregolari in Libia da parte delle autorità italiane. La Corte ha statuito che il divieto di espulsione collettiva è applicabile anche quando l'allontanamento avviene in alto mare in coerenza con le condizioni elaborate dalla giurisprudenza per l'affermazione dell'applicazione extraterritoriale della CEDU (art. 1). Nel caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*<sup>86</sup> non ha ritenuto necessario determinare se i richiedenti fossero stati rimpatriati prima o dopo aver raggiunto il territorio italiano, poiché l'art. 4 del Prot. n. 4 è applicabile comunque ad entrambe le situazioni.

Nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*<sup>87</sup> si sono avute due decisioni con

<sup>83</sup> G. CELLAMARE, *Note in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare N.D. e N.T. c. Spagna*, in *Studi integr. eur.*, 2018, p. 153 ss.

<sup>84</sup> Guide on Article 4 of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights, Prohibition of collective expulsions of aliens Updated on 31 December 2019 Council of Europe/European Court of Human Rights, 2020.

<sup>85</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, ricorso n. 27765/09.

<sup>86</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 ottobre 2014, *Sharifi e al. c. Italia e Grecia*, ricorso n. 16643/09, par. 212.

<sup>87</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ricorsi nn. 8675/15 e 8697/1. La sentenza della Sezione della Corte EDU del 3 ottobre 2017 aveva statuito che le misure adottate dalla Spagna per contrastare l'immigrazione irregolare al confine con il Marocco, configurano una fattispecie di espulsione collettiva perché l'allontanamento era stato immediato e nessuna procedura di identificazione era stata garantita. Sulla sentenza della Sezione, v. L. SALVADEGO, *I respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri dell'enclave di Melilla*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2018, p. 199 ss.; G. CELLAMARE, *Note in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare N.D. e N.T. c. Spagna*, in *Studi integr. eur.*, 2018, p. 153 ss.; A. LIGUORI, *Migration Law and the Externalization of Border Controls: European State responsibility*, London, 2019; C. OVIEDO MORENO, *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, in *Verfassun-*

esiti diversi. La sentenza appare assai ambigua nell'argomentazione giuridica. La novità della sentenza della Gran Camera è l'esclusione dal campo di applicazione protettivo del divieto di espulsione collettiva di coloro che attraversano una frontiera terrestre in modo non autorizzato, quando l'assenza di una decisione di rimpatrio individualizzata sia attribuibile al comportamento dei ricorrenti<sup>88</sup>. Questa interpretazione fortemente innovativa ritiene che vi sia un abuso del diritto dei richiedenti. Tuttavia, la Corte individua un possibile criterio di bilanciamento fra diritti e obblighi degli Stati frontalieri e delle persone coinvolte. L'efficacia del diritto di *non refoulement* protetto dalla CEDU dipenderebbe dalla messa a disposizione da parte dello Stato di un accesso effettivo ai mezzi di ingresso legale per lo svolgimento delle procedure di frontiera. In riferimento al CFS, secondo cui le frontiere esterne possano essere attraversate solo ai valichi di frontiera e durante gli orari di apertura fissi, la Corte afferma che l'attuazione di tale disposizione presuppone soltanto la predisposizione di un numero sufficiente di valichi da parte dello Stato frontaliere. Inoltre, ai sensi dell'art. 3 CEDU, è legittimo prevedere l'obbligo di presentare la domanda di protezione internazionale esclusivamente ai valichi di frontiera. Pertanto, gli Stati contraenti potrebbero rifiutare l'ingresso nel loro territorio agli stranieri, compresi i potenziali richiedenti asilo che, senza ragioni convincenti, abbiano attraversato la frontiera in un luogo diverso dai valichi, soprattutto "sfruttando i loro grandi numeri e usando la forza".

La Grande Camera ha ribadito l'interpretazione del concetto di non ammissione e respingimento alla frontiera<sup>89</sup>. Ha ribadito l'interpretazione innovativa della sentenza *Hirsi* secondo cui vi è assoluta equiparazione nel trattamento giuridico fra non-ammissione alla frontiera e espulsione di chi risiede legalmente o illegalmente nel territorio di uno Stato contraente<sup>90</sup>.

*gblog*, 14 February 2020; D. THYM *A Restrictionist Revolution?*, in *Emigration-lawblog*, 17 February 2020; A. LÜBBE, *The Elephant in the Room*, in *Verfassungblog*, 19 February 2020.

<sup>88</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., parr. 201 e 231.

<sup>89</sup> *Ivi*, parr. da 173 a 187.

<sup>90</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Hirsi Jamaa c. Italia*, ricorso n. 27765/09, parr. 76-82, 178.

Il divieto di espulsione collettiva si applica a tutti i migranti e non si limita a coloro che hanno una pretesa *prima facie* di essere perseguitati nei paesi di origine o di transito. Tale obbligo deriva nel diritto dell'Unione da un diritto di asilo individuale (che in quanto tale la CEDU non contiene) che trascende gli obblighi negativi di non respingimento per coloro che si trovano ad affrontare un rischio reale di persecuzione (ai sensi dell'articolo 3 CEDU). Si noti che la descrizione della condotta delle persone interessate fluttua tra l'enfasi generica sull'ingresso irregolare e criteri qualitativi aggiuntivi come l'uso della forza o il gran numero di persone coinvolte.

In primo luogo, le implicazioni della richiesta di vie legali rimangono incerte ma rappresentano una considerazione accessoria che guida l'applicazione del requisito della "condotta personale"<sup>91</sup>. La Convenzione non implica tuttavia un obbligo generale di portare nell'ambito della propria giurisdizione le persone che sono sottoposte a quelle di un altro Stato<sup>92</sup>. Ciò significa che il dovere di facilitare l'ingresso legale riguarda l'esistenza di un numero sufficiente di valichi la cui valutazione è priva di criteri di qualche tipo e, come tale, difficilmente invocabile in giudizio<sup>93</sup>.

Pur affermando che i percorsi legali dovrebbero essere effettivamente accessibili ai richiedenti<sup>94</sup>, la Corte non ha verificato in concreto se i richiedenti abbiano avuto una reale opportunità individuale di avvalersi di questa opzione di ingresso legale, considerando che le difficoltà di accesso non sarebbero imputabili alla Spagna ma al comportamento delle autorità marocchine. Si tratta di una argomentazione davvero debole perché gli ostacoli frapposti all'accesso ai valichi sono certamente il frutto di una cooperazione bilaterale, più o meno formalizzata, fra i due Stati di frontiera e, dunque dovrebbero condurre ad una duplice responsabilità o alla complicità dello Stato contraente con lo Stato terzo.

<sup>91</sup> *Ivi*, par. 202 ss. e 232.

<sup>92</sup> *Ivi*, par. 221.

<sup>93</sup> *Ivi*, par. 209.

<sup>94</sup> *Ivi*, par. 211.



10. *L'interpretazione del criterio di attraversamento illegale ai fini della competenza ad esaminare una richiesta di protezione internazionale di primo ingresso nel regolamento Dublino III*

L'ingresso o il soggiorno irregolare in uno Stato membro dopo l'attraversamento della frontiera in provenienza da un paese terzo, è il criterio più frequentemente utilizzato per determinare lo Stato responsabile dell'esame della domanda di protezione internazionale ai sensi del regolamento Dublino III<sup>95</sup>.

Nella prassi della crisi balcanica, gli Stati membri di frontiera come Croazia e Ungheria hanno tollerato o favorito direttamente il percorso dei profughi deviandolo verso altri Stati membri, a condizione di ridurre la permanenza sul proprio territorio. Gli Stati di destinazione elettiva dei profughi hanno reagito con il blocco temporaneo dello spazio Schengen, reintroducendo i controlli alle frontiere interne.

L'interpretazione dell'assenza in tali contesti delle caratteristiche di un attraversamento illegale è stata respinta nei casi *Jafari* e *A.S.*<sup>96</sup>, dalla Corte di giustizia. La Corte era stata richiesta di interpretare l'art. 13, par. 1, del regolamento Dublino III, in particolare il significato dell'espressione «varcata illegalmente (...) la frontiera»

<sup>95</sup> L'art. 13 dispone: «Quando è accertato (...) che il richiedente ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo Stato membro in questione è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale (...)».

<sup>96</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenze del 26 luglio 2017, causa C-490/16, *A.S. c. Repubblica di Slovenia*, ECLI:EU:C:2017:585 (in seguito: sentenza *A.S.*) e causa C-646/16, *Khadija Jafari e Zainab Jafari*, ECLI:EU:C:2017:586 (in seguito: sentenza *Jafari*). Nella sentenza *A.S.*, la Corte afferma anche la possibilità di ricorrere contro l'applicabilità dell'art.13 nell'ambito di un ricorso contro una decisione di trasferimento nei suoi confronti. La sentenza rientra nell'ambito di un filone giurisprudenziale dalla Corte che ha riconosciuto la legittimazione ad agire al richiedente asilo (oggetto di richiesta di trasferimento da uno Stato membro ad un altro) in relazione all'applicazione errata dei criteri del regolamento Dublino III in forza dell'interpretazione evolutiva del diritto ad una efficace tutela giurisdizionale del richiedente asilo (art. 27, regolamento Dublino III), su cui v. G. CAGGIANO, *Il processo decisionale dell'Unione europea a fronte del crescente sovranismo euroscettico*, cit., a p. 567 ss. Da ultimo, K. LENAERTS, *The Court of Justice of the European Union and the Refugee Crisis*, in K. LENAERTS ET AL., *An Ever-Changing Union?: Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Oxford, 2019.

in relazione al Codice Frontiere Schengen (art. 5, par. 1) e alla direttiva-rimpatri (art. 3, par. 2). La Corte statuisce che nel caso del passaggio di massa attraverso la frontiera della Croazia, non era applicabile né il criterio di competenza della concessione di un visto in assenza dell'espletamento delle tipiche procedure (art. 12); né il criterio dell'ingresso con esenzione dal visto perché in questo caso avrebbe dovuto esserci almeno un esame della situazione individuale dei profughi all'atto dell'attraversamento delle frontiere (art. 14). La Corte afferma che la responsabilità dello Stato membro di frontiera non viene meno «tanto nel caso in cui tale attraversamento sia stato tollerato o autorizzato in violazione delle norme applicabili, quanto nell'ipotesi in cui sia stato autorizzato invocando ragioni umanitarie e in deroga alle condizioni di ingresso generalmente imposte ai cittadini di paesi terzi»<sup>97</sup>.

Una posizione critica del principio di primo ingresso è stata proposta dall'Avvocato generale Sharpston nel caso *Jafari e A.S.*<sup>98</sup>. Nel caso di specie non si poteva configurare un "attraversamento irregolare di frontiera", considerate le eccezionali circostanze del passaggio/transito dei flussi massicci di profughi. Pertanto, l'Austria e la Slovenia erano competenti per l'esame delle domande di protezione internazionale, malgrado il primo ingresso nell'Unione effettuato in Croazia. Quanto all'interpretazione di "ingresso illegale" (art. 13), il caso di specie sembrava discostarsene in considerazione delle circostanze eccezionali e dell'atteggiamento permissivo delle autorità croate. Una diversa valutazione avrebbe effetti negativi sul sistema di asilo degli Stati membri frontalieri i quali si troverebbero a gestire, in una condizione di crisi, numeri di gran lunga superiori alle loro ca-

<sup>97</sup> Sentenza *Jafari*, cit., punto 92.

<sup>98</sup> Conclusioni dell'8 giugno 2017, causa C-646/16, *Jafari*, ECLI:EU:C:2017:443. La questione è stata sollevata dall'Avvocato generale Sharpston anche nel caso *Mengesteab* per l'attraversamento delle frontiere marittime, v. Conclusioni del 20 giugno 2017, causa C-670/16, *Mengesteab*, ECLI:EU:C:2017:480, paragrafi 44-57. Per un commento, v. G. CAGGIANO, *Are You Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione*, in FSJ, 2017, n. 2, p. 7 ss. Per quanto concerne i fatti concreti all'origine dell'ordinanza di rinvio, la Corte non sa se il sig. Mengesteab sia stato soccorso in mare (e, in caso affermativo, da chi) o se sia stato effettivamente autorizzato a entrare in Italia per motivi umanitari o in virtù di obblighi internazionali.

pacità. L'Avvocato generale è del parere che il regolamento Dublino non è stato concepito per disciplinare siffatte circostanze eccezionali e, pertanto, i termini "varcato illegalmente" non sono applicabili alle circostanze verificatesi nelle cause oggetto di rinvio. In tale contesto, si dovrebbe piuttosto applicare il criterio residuale della clausola dello Stato in cui è stata presentata la domanda (art. 3, par. 2) o la clausola di sovranità (art. 17).

### 11. *Segue: a seguito di salvataggio in mare*

Le sentenze *Jafari* e *A.S.* non precludono la possibilità di arrivare a conclusioni diverse nella materia dell'ingresso di stranieri irregolari a seguito di operazioni di salvataggio. Come abbiamo visto, gli Stati membri sono destinatari in questo ambito di una molteplicità di obblighi, convenzionali e consuetudinari, tendenti ad assicurare l'approdo dei naufraghi in un posto sicuro.

La questione giuridica più incerta è quella del collegamento fra lo sbarco sul territorio dello Stato costiero a seguito dell'attività di salvataggio e l'obbligo internazionale di ricerca del *Place of Safety* (POS). La responsabilità principale per il coordinamento dell'operazione spetta allo Stato nella cui zona di competenza avviene il soccorso. La responsabilità riguarda però anche altri Stati coinvolti nell'operazione, che deve comunque concludersi in tempi ragionevoli con lo sbarco delle persone salvate in un POS. Se l'individuazione di questo luogo incontra un ostacolo nel potere sovrano dello Stato costiero di negare l'autorizzazione all'ingresso nelle proprie acque interne di navi straniere<sup>99</sup>, sussiste, al contempo, la deroga del diritto di accesso al porto dell'imbarcazione in *distress*. Poiché l'operazione di soccorso può dirsi conclusa solo con lo sbarco in un luogo sicuro, anche il relativo trasporto costituisce una parte dell'obbligo di salvataggio. In altri termini, il potere coercitivo dello Stato di bandiera incontra un limite quando le sue navi si trovano nel mare territoriale o nelle acque interne di un altro Stato, a meno che lo Stato costiero non lo permetta. Infatti, lo Stato costiero può precludere l'ingresso nei propri porti

<sup>99</sup> Art. 25, par. 2, UNCLOS.

alle navi straniere che trasportano persone soccorse in mare, salvo il limite di forza maggiore o estremo pericolo che rappresenta una clausola di esclusione della responsabilità o esimente della condotta altrimenti illecita.

La Corte di giustizia non ha mai chiarito se possa essere qualificato come “legale” l’attraversamento delle frontiere ai sensi dell’art. 13, par. 1, reg. Dublino III da parte delle persone soccorse in mare e sbarcate in uno Stato membro costiero dell’Unione<sup>100</sup>. La condotta di ingresso nel territorio a seguito di soccorso potrebbe rientrare nell’ambito di applicazione della deroga prevista dal CFS secondo la quale «i cittadini di paesi terzi che non soddisfano una o più delle condizioni (...) possono essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali»<sup>101</sup>. Tra quest’ultimi rientrerebbero gli obblighi internazionali di salvataggio in mare che possono considerarsi adempiuti solo a seguito dello sbarco in un POS.

Ci sembra condivisibile la tesi secondo la quale, a seguito del salvataggio in mare, l’ingresso dei cittadini di paesi terzi è consentito in virtù del rispetto da parte degli Stati costieri degli obblighi internazionali relativi al diritto internazionale del mare e del rispetto del principio di *non refoulement*. Pertanto, appare dubbia la presunzione che il loro ingresso e sbarco sia avvenuto a seguito dell’attraversamento illegale della frontiera<sup>102</sup> anche in quanto, secondo la stessa

<sup>100</sup> Art. 13, par. 1, regolamento Dublino III «Quando è accertato, sulla base degli elementi di prova e delle circostanze indiziarie (...), che il richiedente ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo Stato membro in questione è competente per l’esame della domanda di protezione internazionale. Detta responsabilità cessa 12 mesi dopo la data di attraversamento clandestino della frontiera».

<sup>101</sup> Art. 6, par. 5, lett. c), CFS.

<sup>102</sup> M. CARTA, *Il criterio dello Stato di primo ingresso secondo il regolamento Dublino III, in occasione degli interventi Search and Rescue (SAR)*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, 2018, n. 3, p. 20: «(...) da una prospettiva di diritto interno l’attraversamento della frontiera da parte dei migranti soccorsi in eventi SAR non è considerato illegale dalla giurisprudenza nazionale e, da una prospettiva europea, la stessa condotta ricade nell’ambito di applicazione della deroga previsto dal codice frontiere Schengen per l’ingresso autorizzato in virtù della rispetto degli obblighi internazionali (...)».

sentenza *Jafari e A.S.*, il varco illegale di una frontiera implica la violazione della normativa applicabile nello Stato interessato<sup>103</sup>.

Un'altra tesi sostiene che l'art. 13 reg. Dublino non sarebbe invocabile solo quando i migranti siano stati salvati in alto mare da navi private, perché in tal caso l'ingresso non sarebbe riferibile ad una responsabilità dello Stato di sbarco<sup>104</sup>, che coordina il soccorso ma non esercita un controllo *de facto* a distanza. Diversamente, quando il contesto giuridico riguardi una nave pubblica, perché lo Stato di sbarco è tenuto a rispettare sia il divieto di *refoulement* che il criterio dell'art. 13 reg. Dublino ad esso collegato. In tal caso, lo Stato territoriale risponde delle attività sulla nave, ai sensi dell'art.1 della CEDU.

La prassi di chiusura dei porti, che lascia le persone soccorse in uno stato di detenzione sulle navi private che hanno effettuato il soccorso, è oggetto di controversia politico-giuridica. Appare giuridicamente diverso il caso dei salvataggi in mare della Guardia costiera italiana. Senza voler entrare nel merito della immunità della giurisdizione, occorre ricordare che le navi pubbliche (Marina militare, Guardia costiera, Guardia di finanza) godono dei diritti delle imbarcazioni di Stato, tra le quali la presunzione che le persone salvate vengano sbarcate nei porti dello Stato costiero<sup>105</sup>.

Una soluzione che aiuti a ridurre i “viaggi della disperazione” alla ricerca dell'attraversamento delle frontiere marittime potrebbe venire soltanto dell'apertura di vie di accesso legali tramite un adeguato

<sup>103</sup> A tal proposito, l'Autore ricorda che secondo la Suprema Corte i migranti «che sono stati soccorsi in acque internazionali e legittimamente trasportati sul territorio nazionale per necessità di pubblico soccorso non possono, dunque, essere considerati migranti entrati illegalmente nel territorio dello Stato per fatto proprio» (Corte di Cassazione a Sezioni Unite Penali, sentenza *Taysir* del 28 aprile 2016 n. 40517); mancherebbe anche lo stesso presupposto, per l'ordinamento italiano, dell'ingresso illegale.

<sup>104</sup> Secondo la tesi di G. CARELLA, *Inapplicabilità del regolamento Dublino III a talune fattispecie di migrazioni irregolari nel Mediterraneo*, in *Studi integr. eur.*, 2020, p. 37 ss., a p. 61 ss.

<sup>105</sup> A questo riguardo, è importante notare come, pur in assenza di uno specifico obbligo previsto da norme internazionali, questa sia la soluzione generalmente adottata. Gli sbarchi di persone salvate in un altro Stato, sono stati infatti valutati negativamente dalla Corte europea dei diritti umani, alla luce del divieto di respingimento, v. *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, parr. 134-137.

sviluppo del meccanismo di reinsediamento oppure l'adozione di un sistema di visti umanitari nel Paese di origine da parte degli Stati membri. Sulla base dell'interpretazione del Codice-visti in vigore, la Corte di giustizia ha ritenuto però la concessione di visti umanitari applicabile solo a livello nazionale (sottoposta alla discrezionalità degli Stati membri) ma non nel diritto dell'Unione<sup>106</sup>. L'adozione di un idoneo strumento giuridico è auspicata dal Parlamento europeo<sup>107</sup>.

<sup>106</sup> Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 7 marzo 2017, causa C-638/16 PPU, *X e X*, ECLI:EU:C:2017:173, punti 43-44 che riguardano l'interpretazione dell'art. 25, par. 1, lett. a) in assenza di un atto legislativo sui visti o di titoli di soggiorno di lunga durata a cittadini di paesi terzi per motivi umanitari sul fondamento (art. 79, par. 2, lett. a), TFUE).

<sup>107</sup> V. P8\_TA(2018)0494, Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 dicembre 2018 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti i visti umanitari (2018/2271(INL)).

*Abstract*RECENTI SVILUPPI DEL REGIME DELLE FRONTIERE  
ESTERNE NELLO SPAZIO DI LIBERTÀ,  
SICUREZZA E GIUSTIZIA

L'articolo si occupa delle novità relative al regime delle frontiere nel diritto dell'Unione europea. Si affronta la questione dell'esercizio della competenza concorrente nel Codice Frontiere Schengen, anche in riferimento all'ipotesi eccezionale del ripristino delle frontiere interne e alle prospettive di esternalizzazione nelle relazioni esterne. Il trend dell'evoluzione normativa si esprime delle modifiche dei poteri e dell'attività dell'Agenzia della guardia di frontiera e costiera europea dopo la riforma del 2019. Un caso di studio è quello del respingimento alla frontiera e che giustifica la deroga alla direttiva-rimpatri. Di grande impatto è la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul trattenimento nelle zone di frontiera e sul divieto di espulsione collettiva dopo la sentenza della Grande Camera in *ND e NT*. Resta da definire l'interpretazione del criterio di attraversamento illegale ai fini della competenza ad esaminare una richiesta di protezione internazionale di primo ingresso nel regolamento Dublino III a seguito di salvataggio in mare.

RECENT DEVELOPMENTS OF THE EXTERNAL BORDERS  
REGIME IN THE AREA OF FREEDOM,  
SECURITY AND JUSTICE

The article deals with the border regime in European Union law. The issue of the exercise of shared competence in the Schengen Borders Code is addressed, also in reference to temporary reintroduction of internal border control and the externalization of European border control. The trend of evolution is consolidated in the new powers of the European Border and Coast Guard Agency after the of the 2019 reform. A case study is that of refoulement at the external border which justifies the derogation from the directive-return. Of great

impact is the jurisprudence of the Court of Strasbourg on detention in border areas and on the ban on collective expulsion after the judgment of the Grand Chamber in *ND* and *NT*. Finally, it remains to be defined the interpretation of the illegal crossing criterion for the States Member' competence to examine a request for international protection into the Dublin III Regulation following rescue at sea.





## OSSERVAZIONI SULLA POLITICA DELL'UE IN MATERIA DI RIMPATRI

*Giovanni Cellamare\**

SOMMARIO: 1. La centralità della disciplina dei rimpatri degli stranieri irregolari nella politica migratoria dell'UE. – 2. Il rinvio dell'allontanamento nelle situazioni indicate dalla direttiva 2008/115/CE: le disposizioni della stessa che vengono in gioco per rispondere alle esigenze primarie delle persone in attesa di rimpatrio. – 3. Il ruolo da riconoscere a quello scopo alla dignità umana. – 4. La funzione fondamentale riconosciuta agli accordi di riammissione nella politica in materia di rimpatri e nel loro operare. – 5. L'incidenza nella stessa materia di altri «strumenti» ancorché privi di efficacia giuridica obbligatoria. – 6. L'influenza degli accordi e strumenti in parola sulle posizioni individuali.

### 1. *La centralità della disciplina dei rimpatri degli stranieri irregolari nella politica migratoria dell'UE*

Come è noto, con l'adozione del Trattato di Amsterdam, l'Unione (all'epoca la Comunità) europea ha attribuito grande rilievo alla disciplina dei rimpatri degli stranieri in condizione irregolare<sup>1</sup>. Detta disci-

\* Professore ordinario di Diritto Internazionale – Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

Il presente studio è stato condotto nell'ambito del PRIN 2017 “International Migrations, State, Sovereignty and Human Rights: Open Legal Issues”, Responsabile nazionale Prof.ssa Angela Di Stasi (prot. 20174EH2MR). I primi tre paragrafi riprendono ampiamente uno scritto già pubblicato in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, n. 1.

<sup>1</sup> Per la definizione nell'UE dei concetti di rimpatrio (e di altri con lo stesso connessi: cfr. di seguito, in questa nota), v. in Allegato alla comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo *relativa a una Politica comunitaria in materia di rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare*, del 9 ottobre 2002, COM(2002) 564 def. Quella definizione è stata ripresa nella direttiva tra breve considerata nel testo (v. pure nel c.d. manuale rimpatri elaborato sulla base della giurisprudenza applicativa della direttiva: raccomandazione 2017/2338/UE della Commissione *che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio*, del 16 novembre 2017 in

plina ha assunto un ruolo centrale nella politica comune in materia di immigrazione, influenzandone gli sviluppi: nel senso indicato, è sufficiente richiamare gli svolgimenti della Commissione nella proposta di revisione della direttiva 2008/115/CE (del Parlamento europeo e del Consiglio, *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, del 16 dicembre 2008), anche con riferimento, come si avrà modo di considerare ulteriormente, all'operare degli accordi di riammissione per dare effettività ai rimpatri<sup>2</sup>. La qual cosa è coerente con le dispo-

GUUE L 339/83 del 19.12.2017). La comunicazione reca una distinzione tra allontanamento (e cioè un «atto giuridico o amministrativo che dichiara – qualora applicabile – l'illegalità dell'ingresso, della presenza o del soggiorno, o che pone fine alla legalità di un soggiorno precedentemente regolare, ad es. in caso di reati»), respingimento (e cioè il rifiuto di ingresso), accompagnamento alla frontiera (e vale a dire l'atto «esecutivo, che comporta il trasporto fisico fuori dal paese») e rimpatrio. Quest'ultimo, potendo assumere carattere volontario o forzato, indica, secondo una prima generica definizione, il «processo del ritorno nel proprio paese di origine, di transito, o in un altro paese terzo». Infine, per riammissione si intende l'atto «con cui uno Stato accetta il reingresso di un individuo (un suo cittadino, un cittadino di un paese terzo o un apolide) di cui sono stati riscontrati l'ingresso, la presenza o il soggiorno illegali in un altro Stato». Nella direttiva (in GUUE L 348 del 24 dicembre 2008, pp. 98-107), di seguito, indicata nel testo, il rimpatrio è più dettagliatamente definito come «processo di ritorno di un cittadino di un paese terzo, sia in adempimento volontario di un obbligo di rimpatrio sia forzatamente», nel Paese di origine, o in quello di transito (in base ad accordi di riammissione o ad altre intese applicabili), o in altro paese terzo nel quale la persona interessata decida volontariamente di ritornare e nel quale sarà accettata (art. 3, n. 3). Nella stessa direttiva, l'allontanamento indica «l'esecuzione dell'obbligo di rimpatrio; vale a dire il trasporto fisico fuori dallo Stato membro» (n. 5). L'utilità di tali definizioni appare evidente ove si consideri che negli ordinamenti statali i termini «“retour”, “éloignement”, “expulsion”, “rapatriement” et “renvoi” sont employés de manière interchangeable pour décrire le fait de renvoyer” une personne dans son pays d'origine ou de résidence habituelle. Ils dénotent tous une absence de consentement sincère, pleinement éclairé et valable et donc l'absence de caractère volontaire du retour»: così il *rapporteur* speciale sui diritti dell'uomo dei migranti nell'«étude thématique sur le retour et la réintégration des migrants», in UN Doc. A/HRC/38/41, del 4 maggio 2018, p. 5.

<sup>2</sup> V. diffusamente nella comunicazione della Commissione, *relativa alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione). Contributo della Commissione europea alla riunione dei leader di Salisburgo del 19-20 settembre*, del 12 settembre 2018, COM(2018) 634 def., p. 1 ss.

sizioni pertinenti contenute nell'art. 79 (paragrafi 1, 2 lett. c) e 3) del TFUE. Dati di contenuto analogo sono desumibili da conclusioni del Consiglio europeo e dalle attività dei Consigli dell'Unione<sup>3</sup>.

Ora, specie in periodi di ampia mobilità di individui stranieri, siffatta centralità può risultare utile a far percepire favorevolmente l'esercizio della competenza dell'UE nella materia migratoria giacché comprensiva, per l'appunto, della disciplina del rimpatrio di coloro che non presentino i requisiti di ingresso o di permanenza nella stessa Unione. Al tempo stesso, proprio la centralità assunta dalla disciplina in parola finisce inevitabilmente per incidere sulla valutazione complessiva della politica in quella materia, ove si manifestino problemi nel funzionamento dei rimpatri.

Come pure è noto, la direttiva 2008/115/CE, oggetto di ampie analisi critiche<sup>4</sup>, costituisce certamente la manifestazione normativa più saliente della politica dei rimpatri dell'UE<sup>5</sup>. Per quanto qui in-

Precedentemente, tra gli altri atti, v. la comunicazione recante il noto *Libro verde su una politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli stati membri*, del 10 aprile 2002, COM(2002) 175 def., in specie p. 119; ampiamente nella comunicazione cit. nella nota che precede; la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo *recante il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia*, del 10 maggio 2005, COM(2005) 184 def., nonché la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Agenda europea sulla migrazione*, del 13 maggio 2015, COM(2015) 240 def. *Adde* gli atti indicati *infra*, par. 4.

<sup>3</sup> Con riferimento alla proposta della Commissione cit., nella nota che precede, v. l'orientamento generale parziale che emerge dal documento 9620/19 MIGR 81 COMIX 279 CODEC 1145, del 23 maggio 2019, recante la proposta di compromesso del Consiglio; inoltre, le conclusioni della riunione del Consiglio europeo del 20 giugno 2019; *adde* gli atti richiamati nella comunicazione recante l'*Agenda*, cit. Tra gli atti anteriori al Trattato di Lisbona, esemplificativamente, v. già la posizione del Consiglio nel doc. 14673/02; nonché le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 4/5 novembre 2004, punto 1.6.4.

<sup>4</sup> Indicazioni, anche con riferimento ad analisi favorevoli ad alcuni aspetti della direttiva, in F. SPITALERI, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, 2017, p. 59 ss.

<sup>5</sup> Si vedano altresì la direttiva 2001/40/CE del Consiglio, *relativa al mutuo riconoscimento delle decisioni di allontanamento dei cittadini di Paesi terzi*, del 28 maggio 2001, in GUCE L 149 del 2 giugno 2001, pp. 34-36; la direttiva 2003/110/CE del Consiglio, *concernente l'assistenza al transito nel quadro di misure di allontana-*

teressa, mi limito a ricordare che l'art. 6, par. 1, impone agli Stati di adottare «una decisione di rimpatrio», fissando, anzitutto, per quello volontario, un periodo di durata, di norma, compreso tra sette e trenta giorni (art. 7)<sup>6</sup>. Con la precisazione che, gli Stati possono «rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura» un titolo che conferisca il diritto di soggiornare alla persona in condizione irregolare, non adottando la decisione di rimpatrio o revocandola o sospendendola per il periodo di validità del titolo rilasciato<sup>7</sup>.

*mento per via aerea*, del 25 novembre 2003, in GUUE L 321 del 6 dicembre 2003, pp. 26-31; la decisione 2004/191/CE del Consiglio, *che definisce i criteri e le modalità pratiche per la compensazione degli squilibri finanziari risultanti dall'applicazione della direttiva 2001/40/CE*, del 23 febbraio 2004, in GUUE L 60 del 27 febbraio 2004, pp. 55-57; la decisione 2004/573/CE del Consiglio, *relativa all'organizzazione di voli congiunti per l'allontanamento dei cittadini di paesi terzi illegalmente presenti nel territorio di due o più Stati membri*, del 29 aprile 2004, in GUUE L 261 del 6 agosto 2004, pp. 28-35; il regolamento 2016/1953/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativo all'istituzione di un documento di viaggio europeo per il rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, e recante abrogazione della raccomandazione del Consiglio del 30 novembre 1994*, del 26 ottobre 2016, in GUUE L 311 del 17 novembre 2016, pp. 13-19. Si aggiungano gli accordi di riammissione della CE/UE con Stati terzi, sui quali v. G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, Torino, 2011, p. 68 ss.

<sup>6</sup> Degno di nota l'art. 8 della proposta cit. *supra*, nota 2 (e nel testo di compromesso cit. in nota 3), il quale esplicita che la decisione di rimpatrio deve essere adottata immediatamente dopo o insieme all'atto di accertata irregolarità del soggiorno o ad atto che ponga fine al soggiorno regolare (nel *Draft report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast)*, predisposto dal *Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs* del Parlamento europeo, 2018/0329(COD), del 16.1.2019, si ha come parametro di riferimento «a final decision ending a legal stay of a third-country national, a decision on a removal and/or entry ban in a single administrative or judicial decision or act as provided for in their national legislation»).

<sup>7</sup> Da ricordare che, per indicazione della Corte di giustizia (Grande Sezione, sentenza del 30 novembre 2009, *Kadzoev (Huchbarov)*, causa C-357/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:741), dati i termini fissati dall'art. 15 nn. 5 e 6 della direttiva, «non esiste una prospettiva ragionevole di allontanamento quando sembra poco probabile che l'interessato sia accolto in un paese terzo tenuto conto dei detti termini» (par. 66); indicando altresì il carattere perentorio di quei termini. Sul punto va ricordato l'art. 8 paragrafi 1 e 3 lett. d) della direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusio-*

2. *Il rinvio dell'allontanamento nelle situazioni indicate dalla direttiva 2008/115/CE: le disposizioni della stessa che vengono in gioco per rispondere alle esigenze primarie delle persone in attesa di rimpatrio*

Coerentemente con la disposizione riferita, convogliando l'attenzione sulle caratteristiche del caso di specie per la sua valutazione,

ne), del 26 giugno 2013, in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, pp. 96-116: «1. Gli Stati membri non trattengono una persona per il solo fatto di essere un richiedente ai sensi della direttiva 2013/32/UE (...). 3. Un richiedente può essere trattenuto soltanto: (...) d) (...) nell'ambito di una procedura di rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, al fine di preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento e lo Stato membro interessato può comprovare, in base a criteri obiettivi, tra cui il fatto che la persona in questione abbia già avuto l'opportunità di accedere alla procedura di asilo, che vi sono fondati motivi per ritenere che la persona abbia manifestato la volontà di presentare la domanda di protezione internazionale al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione della decisione di rimpatrio [...]». Nella sentenza del 19 giugno 2018, *Gnandi c. Belgio*, causa C-181/16, ECLI:EU:C:2018:465 (seguendo orientamento diverso da quello che emerge dalla sentenza del 30 maggio 2013, *Arslan c. Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*, causa C-534/11, ECLI:EU:C:2013:343), la Corte (Grande Sezione) ha statuito che la direttiva rimpatri letta alla luce della direttiva procedure e della direttiva accoglienza «dev'essere interpretata nel senso che non osta all'adozione di una decisione di rimpatrio ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva stessa, nei confronti di un cittadino di un paese terzo che abbia proposto domanda di protezione internazionale, direttamente a seguito del rigetto di tale domanda da parte dell'autorità competente ovvero cumulativamente con il rigetto stesso in un unico atto amministrativo e, pertanto, anteriormente alla decisione del ricorso giurisdizionale proposto avverso il rigetto medesimo, subordinatamente alla condizione, segnatamente, che lo Stato membro interessato garantisca la sospensione di tutti gli effetti giuridici della decisione di rimpatrio nelle more dell'esito del ricorso, che il richiedente possa beneficiare, durante tale periodo, dei diritti riconosciuti dalla direttiva 2003/9/CE del Consiglio, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, del 27 gennaio 2003, in GUUE L 31/18 del 6.2.2003, e che sia in grado di far valere qualsiasi mutamento delle circostanze verificatosi successivamente all'adozione della decisione di rimpatrio, che presenti rilevanza significativa per la valutazione della situazione dell'interessato con riguardo alla direttiva 2008/115/CE e, in particolare, all'articolo 5 della medesima, cosa che spetta al giudice del rinvio verificare». Ma vedi le convincenti conclusioni dell'Avvocato generale P. MENDOZZI, presentate il 15 giugno 2017, nella causa C-181/16, *Sadikou Gnandi c. État belge*, parr. 1 e ss.

l'art. 9 prevede che gli Stati rinviano l'allontanamento ove contrasti con il divieto di *refoulement* o per il periodo di sospensione concesso in presenza di ricorso avverso le decisioni connesse al rimpatrio; e che hanno la facoltà di operare un siffatto rinvio tenendo conto, in particolare, di circostanze in cui possano venire in gioco «le condizioni fisiche o mentali del cittadino di un paese terzo», nonché «ragioni tecniche, come l'assenza di mezzi di trasporto o il mancato allontanamento a causa dell'assenza di identificazione» (par. 2 lett. a))<sup>8</sup>. Ora, a parte i casi di obbligo di rinvio, pur richiamando l'attenzione degli Stati su situazioni nelle quali, per ragioni di varia natura, possa essere disposto il rinvio dell'allontanamento di persone in condizione irregolare<sup>9</sup>, la direttiva non definisce il loro *status*. In effetti, questa ha riguardo agli stranieri irregolari, tenendoli distinti, implicitamente ma inequivocabilmente, da quelli regolari, senza individuare e disciplinare un *tertium genus* intermedio (art. 3)<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Alla luce di quel rinvio va intesa la previsione di eccezioni al divieto di asunzione di uno straniero il cui soggiorno è irregolare (art. 3, par. 3, della direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio *che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, del 18 giugno 2009, in GUUE L 168 del 30 giugno 2009, pp. 24-32), in situazioni, per appunto, di differimento del suo allontanamento.

<sup>9</sup> Cfr. le Conclusioni della Commissione in COM(2014) 199 def., cit., dove si riconosce l'esistenza di ostacoli all'attuazione delle decisioni di rimpatrio probabilmente dovuti a «problemi pratici nell'identificazione dei rimpatriati e nell'ottenere la documentazione necessaria dalle autorità extra-UE». Nello stesso senso nella comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio *sullo stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione*, del 10 febbraio 2016, COM(2016) 85 def., sub III.5.

<sup>10</sup> In argomento v. B. MENEZES QUEIROZ, *Illegally Staying in the EU. An Analysis of Illegality in the EU Migration Law*, Oxford-Portland, 2018, in specie p. 81 ss. Degna di nota in proposito la sentenza della Corte di appello di Brescia del 15 gennaio 2019, n. 104/2019: in una specie di espulsione in cui era in gioco l'unità familiare, la Corte ha posto in luce la contraddizione della ricostruzione normativa dell'art. 19, par. 2, lett. c), del decreto legislativo n. 28 del 25 luglio 1998 *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, sostenuta dall'Avvocatura dello Stato, secondo la quale la norma non prevederebbe il rilascio in favore dello straniero di titolo di soggiorno per motivi familiari, consentendo unicamente la sua non espulsione in presenza dei prescritti requisiti. La Corte ha respinto tale ricostruzione giacché con la stessa veniva a

La qual cosa non è priva di rilievo, posto che si tratta di un fenomeno quantitativamente rilevante, ancorché sia difficile definire con precisione il numero delle persone interessate<sup>11</sup>. La condizione di queste è stata presa in considerazione, per certi versi, da alcuni atti internazionali<sup>12</sup>. Non innova in materia il progetto, attualmente pendente, di revisione della direttiva in esame, nonostante le indicazioni, di segno diverso, della Commissione, intese a evitare movimenti secondari di persone causati dalla difformità materiale delle legislazioni degli Stati membri<sup>13</sup>. Peraltro, in senso contrario a quanto auspicato dalla Commissione, è stato addotto che l'orientamento favorevole a disciplinare le situazioni di irregolarità in parola fornirebbe segnali di disponibilità al permanere di quelle medesime situazioni<sup>14</sup>.

delinearsi «un tertium genus tra permanenza regolare e permanenza irregolare dello straniero sul territorio dello Stato. Ci sarebbero ovvero persone irregolari, ma inespellibili. Ciò contrasta non solo con l'articolo 28 del d.p.r. 31 agosto 1999 n. 394 [recante norme di attuazione del Testo unico, cit.: mia nota], ma con la ratio e l'organicità del sistema normativo in tema di immigrazione. Lo status della persona può essere uno solo, salvo ovviamente i casi in cui l'interessato sia in attesa dell'esito di eventuali istanze, e qualora la persona non possa essere espulsa avendo i requisiti per la permanenza sul territorio nazionale, va rilasciato il permesso di soggiorno per i diversi motivi previsti dalla legge».

<sup>11</sup> Cfr. F. LUTZ, *Non-removable Returnees under Union Law: Status Quo and Possible Developments*, in *European Journal of Migration and Law*, 2018, p. 28 ss., in specie p. 30; nonché i dati riportati nella pubblicazione della Commissione *Una politica europea di rimpatrio più forte e più efficace*, del 12 settembre 2018, reperibile *on line*.

<sup>12</sup> Cfr. l'art. 9 della Convenzione OIL, *sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti*; del 24 giugno 1975, n. 143, ratificata con l. del 10 aprile 1981, n. 158. Al fine di incidere sui rapporti tra offerta e domanda di lavoro degli irregolari, uno *standard* minimo per gli irregolari è fissato dalla Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 18 dicembre 1990, peraltro ratificata principalmente da Stati di emigrazione.

<sup>13</sup> V. l'art. 8 della proposta e della posizione del Consiglio, cit. *supra*, note 2 e, rispettivamente, 3.

<sup>14</sup> In proposito v. i dati riportati in F. LUTZ, *Non-removable Returnees under European Union Law. Status Quo and Possible Developments. EMN expert seminar*, Riga, 22-23 marzo 2017, anche per l'esame del problema generale; pubblicazione reperibile *on line*.



A noi pare che la direttiva sia suscettibile, in qualche misura, di operare nei contesti sinteticamente richiamati.

Certo, avendo riguardo agli stessi, il par. 12 del Preambolo rinvia agli ordinamenti interni per definire la condizione di quelle persone<sup>15</sup>. Peraltro, in proposito è da considerare che, riprendendo, per alcuni versi, il contenuto dell'art. 5<sup>16</sup> e concentrando la propria attenzione su situazioni di pendenza del rimpatrio volontario e differimento dell'allontanamento per le ragioni indicate dall'art. 9, cit., l'art. 14 prevede che, con esclusione dei casi di trattenimento altrove disciplinati (art. 16 s.), gli Stati membri «provvedono [...] affinché si tenga conto il più possibile dei seguenti *principi* [...] in relazione ai cittadini di paesi terzi: a) che sia mantenuta l'unità del nucleo familiare con i membri della famiglia presenti nel territorio; b) che siano assicurati le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie; c) che sia garantito l'accesso al sistema educativo di base per i minori, tenuto conto della durata del soggiorno; d) che si tenga conto delle esigenze particolari delle persone vulnerabili» (corsivi aggiunti). Così disponendo, l'art. 14 ha l'effetto di limitare la discrezionalità degli Stati nel disciplinare le fattispecie considerate; e di richiamare, a noi pare pedagogicamente, la loro attenzione sulla necessità di tener conto, in attesa di rimpatrio, degli ambiti di tutela considerati. In effetti, questi trovano già la loro disciplina in norme dell'Unione e del diritto internazionale obbligatorie per gli Stati membri e concisamente richiamate dall'art. 1 della direttiva, posto che le «norme e procedure comuni» vanno applicare «negli Stati membri [...] nel

<sup>15</sup> «È necessario occuparsi della situazione dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare ma che non è ancora possibile allontanare. Le condizioni basilari per il loro sostentamento dovrebbero essere definite conformemente alla legislazione nazionale. Affinché possano dimostrare la loro situazione specifica in caso di verifiche o controlli amministrativi, tali persone dovrebbero essere munite di una conferma scritta della loro situazione. Gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità quanto al modello e al formato della conferma scritta e dovrebbero anche poterla includere nelle decisioni connesse al rimpatrio adottate ai sensi della presente direttiva».

<sup>16</sup> «Nell'applicazione della presente direttiva, gli Stati membri tengono nella debita considerazione: a) l'interesse superiore del bambino; b) la vita familiare; c) le condizioni di salute del cittadino di un paese terzo interessato; e rispettano il principio di non-refoulement».

rispetto dei diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e di diritti dell'uomo». Siffatta previsione consente di sostenere che l'art. 14, pur utilizzando l'espressione principi, contribuisca a fornire indicazioni delle situazioni nelle quali operi un elenco minimo dei diritti già, per l'appunto, richiamati dall'art. 1 della direttiva. La qual cosa è suscettibile di incidere sugli orientamenti seguiti in materia dagli Stati membri<sup>17</sup>.

Si tratta di situazioni nelle quali le esigenze di tutela dei soggetti interessati non sono definibili a priori, come si desume dall'affermata necessità di tener conto anche delle condizioni delle persone vulnerabili.

Rispetto a quanto precede, vale la pena di ricordare brevemente gli svolgimenti della Corte di giustizia nella causa *Abdida*<sup>18</sup>.

La Grande Sezione ha statuito che la disciplina della direttiva, letta alla luce della Carta (articoli 19, par. 2, sul divieto di espulsione ove ci sia un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti; e 47, sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale), osta a norme statali che non conferiscano «effetto sospensivo» al ricorso pendente «quando l'esecuzione» della decisione di rimpatrio oggetto del ricorso medesimo possa esporre lo straniero «a un serio rischio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute»; e, soprattutto, per quanto qui interessa, osta a norme che non prevedano «la presa in carico, per quanto possibile, delle necessità primarie» di quella persona, «al fine di garantire che le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie

<sup>17</sup> V. lo studio (pubblicato dalla Commissione) di M. H. BAUSAGER, J. K. MØLLER, S. ARDITTI, *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries*, 2013; la pubblicazione della Commissione, *Legal Migration Fitness Check Analysis of gaps and horizontal issues*, del giugno 2018, p. 58 ss. Le due pubblicazioni sono reperibili *on line*. La necessità che la direttiva funzioni avendo come parametro di riferimento le norme del diritto internazionale pertinente è affermata ripetutamente nel *Draft report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast)* (v. ad esempio a p. 99).

<sup>18</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 18 dicembre 2014, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Abdida*, causa C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453.

possano effettivamente essere forniti nel periodo durante il quale tale Stato membro è tenuto a rinviare l'allontanamento del medesimo cittadino di paese terzo in seguito alla proposizione di tale ricorso» (par. 64).

Assicurando il funzionamento delle norme della direttiva, la sentenza ha l'effetto di tutelare le posizioni individuali.

Siffatto approccio è suscettibile di essere esteso ad altre esigenze di tutela nelle situazioni considerate dall'art. 14, sicché nelle medesime le persone di cui si tratta appaiono degne di riconoscimento di un quadro minimo di diritti.

### *3. Il ruolo da riconoscere a quello scopo alla dignità umana*

L'esigenza di tutela delle posizioni individuali emerge più incisivamente, a noi pare, dalle conclusioni dell'Avvocato generale BOT, invero, svolte seguendo un'impostazione diversa da quella presente nella sentenza; e cioè mirando direttamente, non per il tramite indicato dalla Corte, a garantire i diritti fondamentali delle persone. Si legge in quelle conclusioni: «il rispetto della dignità umana e dei diritti alla vita, all'integrità e alla salute, sanciti rispettivamente dagli articoli 1, 2, 3 e 35 [...] della Carta, nonché il divieto di trattamenti inumani o degradanti previsto dall'articolo 4 della Carta, ostano, a mio avviso, a che, in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare e il cui allontanamento è stato sospeso di fatto sia privato, in attesa dell'esame del suo ricorso, della copertura delle sue necessità primarie». Inoltre, la «soddisfazione delle necessità primarie è [...] un diritto fondamentale che non può dipendere dallo status giuridico dell'interessato». Ciò posto, ancorché «determinata da ciascuno degli Stati membri, in considerazione del margine di discrezionalità loro attribuito dalla direttiva [...]», la presa in carico degli interessati deve «essere sufficiente a garantire all'interessato il sostentamento e un livello di vita dignitoso e adeguato per la sua salute, consentendogli in particolare di disporre di un alloggio e tenendo conto, se del caso, delle sue esigenze particolari»<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Paragrafi 155-157 delle conclusioni presentate il 4 settembre 2014.

In siffatte conclusioni, dunque, l'attenzione è concentrata, non sullo *status* di migrante in condizione irregolare, bensì sull'individuo, come tale meritevole di un «livello di vita dignitoso». In effetti i bisogni di base essenziali prescindono dallo *status* di irregolare.

Il riferimento alla dignità umana nell'interpretazione dell'art. 14 della direttiva appare coerente con quanto disposto dal riferito art. 1 di questa, il quale afferma che lo stesso atto è volto a definire una politica dei rimpatri, non solo efficace ma, conforme ai valori contenuti nella Carta. Si tratta di valori sui quali è fondata l'Unione (art. 2 del TUE): tra gli stessi la dignità umana, che, pertanto, viene in gioco nella disciplina di situazioni individuali.

L'esame del concetto e della funzione della dignità umana è stato ampiamente svolto, in dottrina, da studiosi di diritto interno e internazionale; si ha riguardo a un profilo di analisi dei diritti individuali che merita ben altri approfondimenti<sup>20</sup>. Qui ci limitiamo a ricordare che, a parte i riferimenti testuali alla dignità, la sua rappresentazione quale obiettivo dell'Unione e «valore essenziale» dello Spazio di libertà sicurezza e giustizia trova riscontro in atti del Parlamento europeo e della Commissione<sup>21</sup>. Nello spazio in parola, la dignità è

<sup>20</sup> Anche per ulteriori riferimenti bibliografici, tra gli altri, v. F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Diritti fondamentali e dignità umana*, in *Ragion Pratica*, 2012, n. 38, p. 11 ss.; M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il «caso» dell'art. 27 comma 3, Cost.*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2013, n. 2, p. 157 ss., reperibile *on line*; F. CRÉPEAU, R. SAMADDAR, *Recognizing the Dignity of Migrants*, in *Refugee Watch*, 2011, n. 37; P. DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 573 ss.; anche con riferimenti alla materia migratoria, A. DI STASI, *Human Dignity as a Normative Concept. «Dialogue» Between European Courts (ECtHR and CJEU)?*, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE, K. WOJTYCZ (eds.), *Judicial Power in a Globalized World. Liber Amicorum Vincent de Gaetano*, Strasbourg, 2019, p. 115 ss.

<sup>21</sup> Per il Parlamento, v. già la risoluzione *sull'Unione europea*, del 10 luglio 1975, in GUCE C 179 del 6 agosto 1975, p. 28; per la Commissione, v. la comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*, del 10 giugno 2009, COM(2009) 262 def., p. 5, punto 1, dove è posto il ruolo strumentale della dignità per la condizione delle persone vulnerabili. Sulla funzione teleologica del concetto di dignità v. in generale Corte di giustizia, Prima Sezione, sentenza del 14 ottobre 2004, *Omega Spielballen-und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, causa C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, in specie par. 34.

suscettibile di svolgere un ruolo guida nella disciplina di situazioni come quella qui considerata, in senso conforme alla tutela dei diritti individuali fondamentali, sul presupposto della presenza di un individuo sul territorio di uno degli Stati membri<sup>22</sup>. Da richiamare, in tal senso, i lavori del *meeting* di esperti dell'Alto Commissariato per i diritti umani sul tema «Protecting the human rights of migrants in the context of return», del 6 marzo 2018<sup>23</sup>.

La dignità, dunque, può svolgere una funzione di indirizzo dei comportamenti statali per il riconoscimento di diritti funzionali a una vita dignitosa nelle situazioni considerate: l'individuazione di diritti essenziali e necessari appare consentita dai rapporti, di autonomia, rinvio e presupposizione reciproca, tra le funzioni essenziali dei diritti che vengano in gioco in una data situazione<sup>24</sup>. Pertanto, possono aversi diritti strumentali ad altri, al fine di garantire una vita dignitosa. In tal senso depongono dati desumibili dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>25</sup>. Siffatto ap-

<sup>22</sup> V. A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte Costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e «controlimiti» mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Associazione italiana costituzionalisti*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 1 reperibile *on line*; F. BIONDI DAL MONTE, *Lo stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, in *Gruppo di Pisa*, 2012, n. 3, in specie p. 34 ss.; reperibile *on line*.

<sup>23</sup> V. il *Background Paper*, in <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/Return/BackgroundPaper.pdf>, nonché i documenti e gli atti ivi richiamati; in particolare gli svolgimenti del Comitato sui diritti economici sociali e culturali intesi a individuare «core obligations» degli Stati (inclusivi di «freedom from hunger, access to water to satisfy basic needs, access to essential drugs, and access to education»). In proposito vale la pena di ricordare l'obiettivo n. 21 del *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*: «Cooperate in facilitating safe and dignified return and readmission, as well as sustainable reintegration».

<sup>24</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte Costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e «controlimiti» mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, cit.

<sup>25</sup> Tra le decisioni della Corte v., ad esempio, la sentenza dell'11 luglio 2002, ricorso n. 28957/95, *Goodwin c. Regno Unito*, par. 90: «the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom»; ciò ancorché la Convenzione non menzioni la dignità (che peraltro è richiamata nel Preambolo del Protocollo n. 13): v. la sentenza del 28 settembre 2015, ricorso n. 23380/09, *Bouyid c. Belgio*, in specie par. 45 ss. e 88 ss. (con indicazioni degli atti in cui figura il richiamo alla dignità umana e ampie citazioni della giurisprudenza pertinente della stessa Corte). Con riguardo alla materia migratoria è degno di nota quanto si legge nella

proccio è stato seguito, in particolare, da quella Corte trattando di situazioni di vulnerabilità meritevoli di tutela, muovendo dalla configurazione della dignità quale concetto e valore che «se trouve au coeur même de la Convention». Alle «persone vulnerabili», come sappiamo, fa riferimento l'art. 14 cit., così richiamando esigenze di protezione non coincidenti con quelle precedentemente elencate dallo stesso art. 14. Proprio per questa ragione, è prospettabile che l'art. 14, letto alla luce dell'art. 1 della Carta, consenta un'apertura alle situazioni di vulnerabilità in generale, ancorché l'art. 3 della direttiva fornisca un elenco esaustivo delle «persone vulnerabili». In altri termini, quell'elenco non esclude che il combinato disposto degli articoli 1 e 14, rispettivamente, della Carta e della direttiva, impegni l'interprete nell'individuazione della ricorrenza di situazioni di vulnerabilità, isolando da un dato contesto la particolarità individuale meritevole di tutela e i diritti a ciò funzionali<sup>26</sup>. In tal senso vale la pena di richiamare l'attenzione sulle posizioni espresse

sentenza del 3 ottobre 2019, ricorso n. 34215/16, *Kaak e altri c. Grecia*, par. 63: la Corte ha richiamato la propria giurisprudenza «qui exige que toute personne privée de sa liberté puisse jouir de conditions compatibles avec le respect de sa dignité humaine». Altre indicazioni in A. DI STASI, *Human Dignity as a Normative Concept. «Dialogue» Between European Courts (ECtHR and CJEU)?*, cit. In argomento si vedano altresì C. McCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2008, n. 4 p. 655 ss.; J.-P. COSTA, *Human Dignity in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in C. McCRUDDEN (ed.), *Understanding Human Dignity -Proceedings of the British Academy*, 2013, vol. 192, p. 393 ss.; inoltre, A. BUYSE, *Role of Human Dignity in European Convention Case-Law*, in <http://echrblog.blogspot.com/2016/10/the-role-of-human-dignity-in-echr-case.html>, 2016.

<sup>26</sup> Sulla Corte europea, tra gli altri, v. C. RUET, *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, p. 317 ss.; E. BOUBLIL, L. WOLMARK, *Vulnérabilité, soin et accueil des demandeurs d'asile*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2018, n. 13, pp. 1-13, reperibile *on line*; inoltre, le *Written Submissions on behalf of the AIRE Centre (Advice on Individual Rights in Europe), The Dutch Refugee Council (DCR), the European Council on Refugees and Exiles (ECRE) and the International Commission of Jurists (ICJ)* nell'affare *Trawalli e altri c. Italia*, ricorso n. 47287/17 (reperibili *on line*). Per il rilievo riconosciuto dalla Corte di giustizia alle situazioni di vulnerabilità, venendo in gioco la dignità umana, v. di seguito, nel testo; in argomento v. pure G. CELLAMARE, *Minori nei centri di accoglienza, nel comminare sanzioni punto di riferimento resta il tenore di vita dignitoso*, in *Guida al Diritto*, 2020, n. 2, p. 96 ss.

nell'ambito del Parlamento europeo sul progetto di revisione della direttiva in esame<sup>27</sup>. Le considerazioni che precedono, circa il ruolo che può svolgere la dignità umana nello Spazio di libertà di sicurezza e giustizia, trovano riscontro nella sentenza della Corte di giustizia relativa all'affare *Haqbin*<sup>28</sup>.

In una specie nella quale a un minore non accompagnato autore di comportamenti violenti nel centro di accoglienza che lo ospitava era stata comminata una sanzione di privazione, per un periodo di quindici giorni, dell'assistenza materiale di quella struttura, la Grande sezione ha statuito efficacemente che siffatte sanzioni, ancorché temporanee, devono essere obiettive, imparziali, motivate e proporzionate alla situazione particolare del richiedente. In ogni caso, devono consentire di mantenere un tenore di vita dignitoso. La decisione in parola è stata resa dalla Corte seguendo un approccio volto a rendere operativo l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali, sulla inviolabilità della dignità umana, che in effetti «deve essere rispettata e tutelata». L'attenzione, cioè, è stata concentrata sull'individuo, in quanto tale meritevole, per l'appunto, di un «livello di vita dignitoso».

#### 4. *La funzione fondamentale riconosciuta agli accordi di riammissione nella politica in materia di rimpatri e nel loro operare*

In precedenza, si è avuto modo di fare riferimento alla centralità del ruolo che la Commissione ha riconosciuto agli accordi di riam-

<sup>27</sup> V. nel *Draft Report*, cit. *supra*, nota 6, l'emendamento 44 alla proposta della Commissione (proposta invero accolta dal Consiglio: indicazioni in quella stessa nota). Più in generale per numerosi rilievi di contrasto della proposta con i diritti individuali, v. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *The recast Return Directive and its fundamental rights implications: Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*, Vienna, 2019; K. EISELE, E. MUIR, C. MOLINARI, F. MEENA, G. ANTHEA, *The Proposed Return Directive (recast): Substitute Impact Assessment*, PE 631.727, Brussels: European Parliamentary Research Service, 2019. Le due pubblicazioni sono reperibili *on line*.

<sup>28</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 12 novembre 2019, *Haqbin* c. *Federal agentschap voor de opvang van asielzoekers*, causa C-233/18, ECLI:EU:C:2019:468, par. 57.

missione per dare effettività ai rimpatri<sup>29</sup>. Invero, già il Consiglio europeo di Tampere aveva chiesto che fosse sviluppata «l'assistenza ai paesi di origine e transito, al fine di promuovere il rientro volontario e di aiutare le autorità di tali paesi» ad «adempire i loro obblighi di riammissione nei confronti dell'Unione e degli Stati membri»<sup>30</sup>. Nello stesso senso, possono ricordarsi le conclusioni del Consiglio europeo del 28 giugno 2018 per il rafforzamento del mandato e delle risorse dell'Agenzia della guardia di frontiera e costiera europea (Frontex) in modo da assicurare, tra l'altro, l'effettività dei rimpatri dei migranti irregolari, anche intensificando la cooperazione con i Paesi terzi. La qual cosa ha trovato svolgimenti, anche operativi, nel regolamento 2019/1896/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti n. 1052/2013/UE e 2016/1624/UE*, del 13 novembre 2019. Si pensi ancora allo stretto collegamento posto tra rilascio dei visti e collaborazione degli Stati terzi in materia di rimpatri: da richiamare, in tal senso, l'art. 1, par. 2, del regolamento 2019/1155/UE del Parlamento europeo e del Consiglio *recante modifica del regolamento n. 810/2009/CE che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti)*, del 20 giugno 2019.

Orbene, in argomento non è priva di rilievo, l'adozione, accanto a quelli della (CE) UE, di accordi bilaterali di riammissione tra Stati membri e Stati terzi. La conclusione di detti accordi, nei limiti di compatibilità con i primi, sostenuta nelle conclusioni adottate dal Consiglio «Giustizia e Affari Interni» del 27-28 maggio 1999, e nel Programma di Stoccolma, adottato nel dicembre 2009 dal Consiglio europeo (par. 7. 4), è ritenuta una «necessità» nel par. 7 del preambolo della direttiva rimpatri. Ne consegue che con uno stesso Stato terzo possono venire in gioco l'accordo dell'UE e altro eventualmen-

<sup>29</sup> V. *supra*, testo note 2 e 3. Il testo degli accordi di riammissione, di seguito, considerati nel testo può leggersi in <http://ec.europa.eu/world/agreements>; e in <http://www.europeanmigrationlaw.eu/>. Inoltre, anche per gli atti informali presi in considerazione nelle pagine che seguono v. in <http://www.jeanpierrecassarino.com>. Agli accordi e atti in parola vanno aggiunte le clausole in materia di riammissione contenute in accordi aventi diverso oggetto, in argomento ci permettiamo di rinviare al nostro *Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, Torino, p. 68 ss.

<sup>30</sup> Par. 22-26 delle conclusioni del Consiglio del 15 e 16 ottobre 1999.



te stipulato da uno Stato membro (da Stati membri). La qual cosa, d'altro canto, appare coerente con la logica sottostante al Protocollo n. 23 allegato ai Trattati (le disposizioni del TFUE sull'attraversamento delle frontiere esterne «non pregiudicano la competenza degli Stati membri a negoziare o concludere accordi con i Paesi terzi, a condizione che tali accordi rispettino il diritto dell'Unione e gli altri accordi internazionali pertinenti»).

La circostanza che gli accordi di riammissione della CE/UE presentino lo stesso contenuto e prevedano solitamente la propria prevalenza su quelli degli Stati membri<sup>31</sup> potrebbe indurre a prospettare che i primi appaiano astrattamente idonei a favorire la formazione di norme internazionali comuni sulla riammissione, nei rapporti tra gli Stati membri e gli Stati terzi di cui si tratta<sup>32</sup>. In tal senso, potrebbe operare l'art. 351 del TFUE, così come interpretato dalla Corte di giustizia<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Tra gli altri v. l'art. 20 dell'Accordo con la Serbia del 18 settembre 2007: «The provisions of this Agreement shall take precedence over the provisions of any bilateral agreement or arrangement on the readmission of persons residing without authorisation which have been or may, under Article 19, be concluded between individual Member States and Serbia, in so far as the provisions of the latter are incompatible with those of this Agreement». La formulazione dell'art. 18, par. 2, dell'Accordo con la Federazione russa si differenzia da quella testé riportata e ripetutamente prevista in altri accordi: «The provisions of this Agreement shall take precedence over the provisions of any bilateral treaties or arrangements on readmission which have been or may, under Article 20 of this Agreement, be concluded between individual Member States and the Russian Federation insofar as the provisions of the latter treaties or arrangements cover issues that are dealt with by the present Agreement. 3. Nothing in this Agreement shall prevent the return of a person under other formal or *informal arrangements*» (corsivo aggiunto).

<sup>32</sup> Cfr. M. SCHIEFFER, *Readmission and Repatriation of Illegal Residents*, in B. MARTENCZUK, S. VAN THIEL (eds.), *Justice, Liberty, Security*, Brussels, 2008, p. 89 ss., in specie p. 106.

<sup>33</sup> Si tratta di un aspetto che merita ben altri approfondimenti e sul quale non è possibile soffermarsi in questa sede. Vale la pena di riportare i primi due paragrafi dell'art. 351: «Le disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra». Nella misura in cui tali convenzioni sono incompatibili coi trattati, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate. Ove occorra, gli Stati

Invero, non è possibile rilevare un orientamento che attesti la prevalente uniforme applicazione degli accordi di riammissione della CE/UE rispetto agli altri accordi: mentre alcuni Stati membri danno applicazione ai primi, altri hanno manifestato una certa preferenza per l'azione degli accordi bilaterali da essi stipulati con gli Stati terzi. A sostegno di siffatta preferenza si adduce l'assenza di accordi applicativi dei trattati dell'UE<sup>34</sup>; senonché, per indicazione della stessa Commissione, questi sono suscettibili di essere applicati a prescindere dai protocolli in parola, a meno che questi ultimi non siano indispensabili per l'applicazione dei primi<sup>35</sup>.

Ora, quale che sia l'approccio preferito dagli Stati, in ogni caso, il concreto operare della riammissione è legato all'attività degli organi competenti degli Stati membri. La qual cosa, come è facile scorgere, incide sugli svolgimenti della politica europea in materia di rimpatri. D'altro canto, in materia operano anche altri strumenti volti a favorire la riammissione, ancorché di natura diversa dagli accordi (dell'Unione e dei suoi Stati membri) qui sinteticamente richiamati.

membri si forniranno reciproca assistenza per raggiungere tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta. Invero, in materia potrebbero venire in gioco anche le pertinenti norme di diritto internazionale consuetudinario al fine di risolvere eventuali situazioni di incompatibilità tra gli accordi in parola. In materia esiste un'ampia bibliografia: tra le opere monografiche, ci limitiamo a rinviare, a S. SALUZZO, *Accordi internazionali degli Stati membri dell'Unione europea e Stati terzi*, Torino, 2018, pure per le indicazioni giurisprudenziali sinteticamente richiamate, nel testo.

<sup>34</sup> Per il testo dei protocolli applicativi italiani, v. *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2016, n. 2.

<sup>35</sup> Anche per l'effettivo operare degli accordi v. la comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Valutazione degli accordi di riammissione dell'UE*, del 23 febbraio 2011, COM(2011) 76 def., p. 4. Sui profili applicativi degli accordi di riammissione considerati nel testo, tra gli altri, v. P. CASSARINO, M. GIUFFRÉ, *Finding Its Place In Africa: Why has the EU opted for flexible arrangements on readmission?*, FMU Policy Brief No. 01/2017, reperibile *on line* (<http://www.nottingham.ac.uk/hrlc/documents/pb-1-finding-its-place-in-africa.pdf>); V. ZAMBRANO, *Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell'Unione europea e dell'Italia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, n. 1, p. 119 ss.

5. *L'incidenza nella stessa materia di altri «strumenti» ancorché privi di efficacia giuridica obbligatoria*

In effetti, nell'Agenda europea sulla migrazione, la Commissione ha sostenuto un «*approccio coordinato e coerente dell'UE e degli Stati membri in materia di riammissione, dando la priorità assoluta alla realizzazione di rimpatri rapidi e operativi e non, necessariamente, alla conclusione di accordi di riammissione formali*»<sup>36</sup>. Anche il Consiglio europeo ha affermato che in materia di rimpatri e di riammissione occorre «*compiere sforzi ulteriori*»; che «*devono essere predisposti senza ulteriori indugi, a livello dell'UE, accordi di riammissione efficaci e intese pragmatiche con i paesi terzi, facendo ricorso a tutti i mezzi possibili*»; che potrebbe procedersi, ove necessario, a un riesame della politica in materia di visti nei confronti dei paesi terzi; e che all'obiettivo indicato contribuiscono «*le intese bilaterali*» tra gli Stati membri e gli Stati terzi<sup>37</sup>.

L'approccio suggerito dalla Commissione ha trovato svolgimenti concreti nei rapporti con alcuni Stati terzi (Gambia, Bangladesh, Turchia, Etiopia, Afghanistan, Guinea e Costa d'Avorio)<sup>38</sup> e costituisce una componente dei partenariati, già prospettati nella nota comunicazione sull'approccio globale nel settore migratorio<sup>39</sup>. Il contenuto di tali partenariati, comprensivi di azioni a breve e lungo

<sup>36</sup> Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Banca europea per gli investimenti, *Sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*, del 7 giugno 2016, COM 2016(385) def., p. 8, testo e note richiamate.

<sup>37</sup> Conclusioni del Consiglio europeo del 22 e 23 giugno 2017, par. 22 (corsivo aggiunto).

<sup>38</sup> V. *European Parliament 2014-2019, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs 2018/0329(COD)* del 16 gennaio 2019, *Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast)*. Rapporteur: Judith Sargentini, p. 86; inoltre, J. SLAGTER, *An «Informal» Turn in the European Union's Migrant Returns Policy towards Sub-Saharan*, del 10 gennaio 2019, reperibile *on line* (<https://www.migrationpolicy.org/>).

<sup>39</sup> Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *L'approccio globale in materia di migrazione e mobilità*, del 18 novembre 2011, COM(2011)743 def.

termine<sup>40</sup>, per i profili che qui interessano, risulta dalle dichiarazioni congiunte pertinenti; le quali enfatizzano il carattere non giuridicamente obbligatorio degli impegni assunti, tra cui quelli in materia di riammissione<sup>41</sup>. La qual cosa è stata ribadita dalla Commissione al fine di allontanare le preoccupazioni del Parlamento europeo dovute alle modalità di adozione di siffatti strumenti, ben lontane dalle procedure sulla conclusione degli accordi previste dal TFUE<sup>42</sup>. Vale la pena di seguire da vicino la Commissione in una sua risposta alla richiesta di chiarimenti della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo, «on the state of play of the EU's negotiations on, and implementation of, non-binding arrangements to facilitate readmission»: «The Commission's focus is therefore on improving practical cooperation. Practical arrangements on return and readmission can facilitate cooperation, as they allow the administrations of third countries and Member States to work more transparently, efficiently and predictably on the identification and return of irregularly staying persons. They also represent a first step in establishing mutual trust as well as towards the launch of formal negotiations for fully-fledged readmission agreements»<sup>43</sup>. In altri termini, non trattandosi di accordi non si segue la procedura pertinente.

<sup>40</sup> V. la comunicazione cit. *supra*, nota 36; inoltre la pubblicazione della Commissione, *Migration Partnership Framework. A new Approach to Better Manage Migration*, del 2 giugno 2016, (reperibile *on line*) nella quale è illustrato l'approccio di tali partenariati fondati sul concetto di «compacts»: cioè «a political framework for continued and operation cooperation pulling together the different work strands and instruments and tools, in order to develop a comprehensive partnership with third countries. Formal international agreements can flow from the compacts, but the compact as such is a fluid process».

<sup>41</sup> V. ad esempio l'atto in [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/international-affairs/global-approach-to-migration/specific-tools/docs/mobility\\_partnership\\_armenia\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/international-affairs/global-approach-to-migration/specific-tools/docs/mobility_partnership_armenia_en.pdf); per gli altri atti si segua lo stesso indirizzo mutando l'indicazione finale dello Stato terzo di cui si tratta (Azerbaijan, Bielorussia, Capo Verde, Georgia, Giordania, Marocco, Moldavia).

<sup>42</sup> Cfr. il compianto disposto degli articoli 207 e 218 del TFUE, in specie il ruolo riconosciuto al Parlamento europeo dall'art. 218 paragrafi 6, 9 e 10.

<sup>43</sup> V. la lettera da *Directorate-General Migration and Home Affairs (The Director-General) Brussels* a *Chair of the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs European Parliament; Subject: EU readmission developments – State of play*

Siffatta osservazione non leva che la politica dell'Unione sui rimpatri sia comprensiva degli strumenti indicati, oltre che dei veri e propri accordi di riammissione. In effetti, come è facile scorgere ed è agevole desumere da osservazioni degli organi dell'Unione e dalla prassi in materia di stipulazione dei veri e propri di accordi di riammissione<sup>44</sup>, sebbene non obbligatori, gli atti in parola si inseriscono comunque in trattative diplomatiche (dell'UE e dei suoi Stati membri) che oltrepassano la materia della mobilità delle persone in senso stretto, entrando in rapporti di interazione con altri settori, in specie con quello della cooperazione allo sviluppo, così finendo per incidere su determinazioni di politica estera dell'Unione che si sviluppano in veri e propri accordi<sup>45</sup>. La qual cosa non è irrilevante dal punto di vista del Parlamento europeo.

Su indicazione della Commissione, siffatti strumenti, come accennato, sono stati adottati anche dagli Stati membri; sicché potrebbe aversi coincidenza di Stati terzi con i quali l'UE e i suoi Stati membri abbiano adottato accordi di riammissione o atti di diversa natura che riguardino comunque la stessa materia. Intese del genere, come è noto, sono state stipulate anche dall'Italia<sup>46</sup>.

*October 2017, consultabile on line.* Si legge nella stessa lettera: «Being non-legally binding, they do not have any effect on Member States' and third country's obligations under international, EU and national law, and do not have an impact on the rights of irregular migrants. For returns facilitated by such instruments of cooperation as, indeed, for any other returns carried out by Member States, legal remedies, appeal safeguards and the respect of the principle of non-refoulement are guaranteed by the Return Directive».

<sup>44</sup> V. la comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Valutazione degli accordi di riammissione dell'UE*, cit., e la comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Gestire la migrazione sotto tutti gli aspetti: progressi compiuti nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione*, del 4 dicembre 2018, COM(2018) 798 def.

<sup>45</sup> In proposito, tra gli altri, anche per ulteriori indicazioni, v. F. FERRI, *La gestione dei flussi migratori nel quadro delle politiche UE di aiuto allo sviluppo: criticità e paradossi*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza? – XXII Convegno annuale della Società Italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2018, p. 357 ss.

<sup>46</sup> Si pensi al *Memorandum* d'intesa tra il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno italiano e la polizia nazionale del Ministero dell'interno sudanese per la lotta alla criminalità, gestione delle frontiere e dei flussi migratori ed in materia di rimpatrio, del 3 agosto 2016, reperibile *on line*. Per considerazioni critiche riferite alla

Da quanto precede risulta un accavallamento degli atti che possono venire in gioco in materia di riammissione, in senso contrario alla formazione di un quadro definito e trasparente della politica di rimpatrio dell'Unione.

6. *L'influenza degli accordi e strumenti in parola sulle posizioni individuali*

Soprattutto, la circostanza che gli atti poc'anzi richiamati, come ricordato dalla Commissione, non abbiano efficacia obbligatoria, non esclude che, come pure osservato dalla Commissione, si tratta di strumenti operativi. Ora, come tali, sono suscettibili «d'accroître l'incertitude juridique quant aux modalités des accords et, par conséquent, d'empêcher un suivi des responsabilités démocratique et un contrôle juridictionnel approprié, et de diluer les responsabilités et les garanties procédurales»<sup>47</sup>.

In particolare, l'operare di quegli atti, talvolta redatti sulla falsa riga di un accordo, incide sulle posizioni delle persone. Significativo in tal senso è il *Joint Way Forward on migration issues*, tra l'Unione e l'Afghanistan, del 2 ottobre 2016<sup>48</sup>, ampiamente criticato per la sua incidenza sulla posizione dei fanciulli; e cioè su posizioni di estrema vulnerabilità<sup>49</sup>.

prassi dell'Unione europea e dell'Italia, v. V. ZAMBRANO, *Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell'Unione europea e dell'Italia*, cit., *passim*. Strumenti operativi possono essere previsti da accordi aventi nominalmente diverse oggetto: così l'Accordo di cooperazione nei settori della difesa tra l'Italia e Niger del 26 ottobre 2017, nel cui contesto si è sviluppata la Missione bilaterale di supporto nella Repubblica del Niger (MISIN, che riecheggia la Missione bilaterale di assistenza e supporto alla Libia-Miasit, creata sulla base del Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, del 2 febbraio 2017). In argomento v. P. CASSARINO, M. GIUFFRÉ, *Finding Its Place In Africa: Why has the EU opted for flexible arrangements on readmission?*, cit., *passim*.

<sup>47</sup> V. il *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants*, in UN Doc. A/HRC/38/41, del 4 maggio 2018, par. 32.

<sup>48</sup> Reperibile *on line*, <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files>.

<sup>49</sup> Amnesty International, *Forced back to Danger. Asylum-Seekers Returned from Europe to Afghanistan*, 2017, p. 39, reperibile *on line*.

Ciò posto, e dato che la concretizzazione degli atti in parola è affidata ai competenti organi statali (dalla decisione di espulsione alla richiesta di riammissione), l'attenzione viene a concentrarsi, in ultima analisi, sull'attività di questi: viene a concentrarsi sul contenuto delle leggi statali, sull'operare concreto dei protocolli applicativi degli accordi di riammissione, che possono essere conclusi dagli Stati membri, nonché sui procedimenti formali e informali di riammissione di cui fanno menzione gli accordi e gli altri atti. Da considerare sul punto che l'applicazione degli accordi di riammissione dell'Unione non potrebbe retrocedere rispetto a quella di altri strumenti informali che pur incidono nella materia in esame<sup>50</sup>; e che gli accordi di riammissione recano clausole di non incidenza sulle convenzioni sui diritti dell'uomo in essi elencate. Si tratta, come è noto, di diritti individuali, garantiti da atti internazionali di cui sono parti gli Stati membri; gli stessi diritti, richiamati dai Trattati (articoli 6 del TUE; 67, par. 1, e 78, par. 1, del TFUE), come pure è noto, sono sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali.

Pertanto, vengono in gioco le indicazioni pertinenti della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, altrove esaminate e qui sinteticamente richiamate, che contribuiscono a delineare i limiti entro i quali possa operare la riammissione<sup>51</sup>; in particolare, i limiti entro i quali le norme in materia di riammissione possano essere utilizzate per allontanare i richiedenti asilo verso il Paese di origine considerato sicuro. In effetti, giusta quelle indicazioni, l'operare della riammissione, conseguente al provvedimento di allontanamento, dovrebbe considerarsi subordinato all'accertata inesistenza nello Stato

<sup>50</sup> Ma v. *supra*, nota 31.

<sup>51</sup> Indicazioni bibliografiche in G. CELLAMARE, *Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, cit., p. 98 ss. testo e note richiamate; *adde* la pubblicazione della Corte europea dei diritti dell'uomo dal titolo *Articles 2, 3, 8 and 13. The concept of a «Safe third country» in the case-law of the Court*, 2019, reperibile *on line*; v. pure nella nota che segue. Da ricordare in argomento che gli accordi di riammissione recano clausole di non incidenza sulle convenzioni sui diritti individuali in essi elencate. La qual cosa è suscettibile di limitare l'operare degli stessi accordi in combinazione con il principio del *safe third country*; di limitare, cioè, l'utilizzazione di quegli accordi per facilitare l'allontanamento dei richiedenti asilo verso uno Stato (di destinazione, di transito) considerato, per l'appunto, sicuro, senza che sia stata esaminata la domanda di protezione internazionale.

di destinazione (e di transito) dei pericoli di violazioni dei diritti individuali richiamati dalle due Corti. Si pensi, ad esempio, all'accertato funzionamento, nello Stato richiesto, di meccanismi, non solo normativi, idonei a impedire il rischio di *refoulement*, ancorché indiretto, della persona da riammettere<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> Cfr. il *Rapporto*, cit., par. 33 ss.; e ampiamente G. CELLAMARE, *Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, cit., p. 98 ss. Sull'introduzione del concetto di Paese di origine sicuro nel sistema italiano di esame delle domande di protezione, v. G. CELLAMARE, *L'attivazione nell'ordinamento italiano del concetto di Paese di origine sicuro*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, n. 2, p. 323 ss.; inoltre, G. CELLAMARE, *In tema di informazioni sui Paesi di origine nella procedura di riconoscimento della protezione internazionale*, in *FSJ*, 2019, n. 2, p. 4 ss.



*Abstract*

## OSSERVAZIONI SULLA POLITICA DELL'UE IN MATERIA DI RIMPATRI

La direttiva 2008/115 costituisce certamente la manifestazione normativa più saliente della politica dei rimpatri dell'UE. L'art. 9 prevede che gli Stati possono rinviare l'allontanamento dello straniero in condizione irregolare, tenendo conto, in particolare, di circostanze in cui possano venire in gioco «le condizioni fisiche o mentali del cittadino di un paese terzo»; nonché di alcune ragioni tecniche. La direttiva è suscettibile, in qualche misura, di operare nei contesti richiamati, a mezzo dell'art. 14. Rispetto a quanto precede, vale la pena di ricordare brevemente gli svolgimenti della Corte di giustizia nella causa *Abdida* e, in particolare, le conclusioni dell'Avvocato generale BOT. In siffatte conclusioni l'attenzione è concentrata, non sullo status di migrante in condizione irregolare, bensì sull'individuo, come tale meritevole di un «livello di vita dignitoso». Al fine di facilitare i rimpatri, l'UE e gli Stati membri hanno concluso accordi di riammissione che favoriscono l'allontanamento dei migranti in condizione irregolare. L'UE e gli Stati membri hanno anche intensificato i loro sforzi per facilitare la cooperazione pratica in materia di riammissione con i paesi di origine dei migranti irregolari. La pratica della conclusione di accordi informali di riammissione ha l'effetto di ostacolare il controllo giudiziario e le garanzie procedurali a favore degli individui. Le indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo costituiscono un punto di riferimento per gli operatori giuridici al fine di applicare gli accordi e strumenti di riammissione conformemente ai diritti umani individuali.

## REMARKS ON THE EU'S RETURN POLICY

Directive 2008/115 is certainly the most salient regulatory manifestation of the EU's return policy. Art. 9, para 2, provides that «Member States may postpone removal for an appropriate period taking

into account the specific circumstances of the individual case. Member States shall in particular take into account: (a) the third-country national's physical state or mental capacity»; and some technical reasons. The directive is likely, to some extent, to operate in the contexts referred to, by means of art. 14. With respect to the foregoing, it is worth recalling the developments of the Court of Justice in the *Abdi-da* case; in particular, the opinion of Advocate General BOT. In such opinion the attention is focused not on the status of migrant in an irregular condition, but on the individual, as such deserving of a «dignified standard of living». In order to facilitate return, the EU and Member States have entered into readmission agreements that enable the removal of migrants who are irregularly present on the territory of a given State party to these agreements. The EU and member States have intensified their efforts to facilitate practical cooperation concerning readmission with the countries of origin of irregular migrants. The conclusion of informal readmission arrangements, for that purpose, has the effect of hindering the judicial control and procedural guarantees of individuals. The indications of the EU Court of Justice and of the European Court of Human Rights constitute a benchmark for legal operators in order to apply agreements and instruments of readmission in accordance with individual human rights.



# IMMIGRAZIONE IRREGOLARE E DIRITTI UMANI: LA PROSPETTIVA DELLA CORTE EDU E DELLA CORTE UE

*Pablo Antonio Fernández Sánchez\**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I poteri degli Stati europei sugli stranieri presenti nel loro territorio. – 3. I diritti *generici* di tutti gli stranieri, compresi gli immigrati irregolari, nel quadro europeo. – 4. I diritti *specifici* degli immigrati irregolari in Europa. – 5. Conclusioni.

## 1. *Introduzione*

Come è noto il diritto internazionale stabilisce diritti minimi per gli stranieri, indipendentemente dal loro *status* giuridico e, quindi, anche per coloro che non hanno alcuno *status* o sono immigrati irregolari<sup>1</sup>.

Nello specifico poi, quando si parla di stranieri presenti sul suo territorio, lo Stato è titolare del diritto di regolamentazione<sup>2</sup>; pertanto, chi decide l'ingresso o l'uscita degli stranieri, l'espulsione o l'obbligo di visto o non, è lo Stato territoriale, sebbene possano esserci circostanze in cui lo Stato stesso è limitato dagli effetti dei trattati internazionali. In tal modo esso continua a mantenere il potere di regolamentazione.

In linea di principio, quindi, lo straniero è soggetto al sistema giuridico dello Stato di accoglienza sulla base del “principio di auto-

\* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales – Universidad de Sevilla. Presidente del Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional (IHLADI). Il presente studio è stato pubblicato su *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, n. 1, pp. 52-74.

<sup>1</sup> Userò l'espressione “irregolare” che ritengo più dignitosa. Si possono trovare anche espressioni come “illegali”, “non autorizzati” o “non schedati”. Vedi C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford, 2016, pp. 64-66.

<sup>2</sup> La Corte Costituzionale italiana ha affermato esplicitamente che gli stranieri non godono di tutti quei diritti che sono connessi allo “*status activae civitatis*” (sentenze n. 11/1968 e n. 104/1969). Vedi un elenco dei diritti dello straniero presente in Italia in P. BONETTI, *Diritti fondamentali degli stranieri*, 2011, in [www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm](http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm).

rizzazione”, alla luce del quale «ogni presenza di stranieri nel territorio dello Stato deve essere tacita o esplicitamente autorizzata per lo Stato a pena di illegalità»<sup>3</sup>. Al contempo, come chiarito dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Barcelona Traction* (sentenza del 5 febbraio 1970), «allorché uno Stato ammette (...) cittadini stranieri, persone fisiche o giuridiche, è tenuto a rispettare la legge ed assume determinati obblighi in merito al loro trattamento»<sup>4</sup>.

Pertanto, usando le parole del Prof. Carrillo Salcedo «in linea di principio, nessuna norma di diritto internazionale proibisce agli Stati sovrani di regolare l'ingresso, la permanenza e l'espulsione degli stranieri dal proprio territorio. Tuttavia, se uno Stato ha assunto obblighi pattizi in materia, tali questioni cessano di appartenere all'ambito della sua competenza esclusiva, poiché sono regolate da norme di diritto internazionale che limitano la sovranità statale»<sup>5</sup>.

## 2. *I poteri degli Stati europei sugli stranieri presenti sul loro territorio*

Come sottolineato dal Prof. Fernández Rozas, nel diritto in materia di stranieri «esiste un'alternanza tra strumenti internazionali e norme interne. Ciò dimostra la crescente importanza della dimensione internazionale del diritto dell'immigrazione e, al suo interno, in primo luogo del diritto internazionale dei diritti umani»<sup>6</sup>.

Al riguardo, l'allora Commissione europea di diritti umani ha avuto occasione di pronunciarsi sulla natura di diritto pubblico delle norme in materia di immigrazione, riconoscendo che il diritto per uno straniero di risiedere in un determinato paese è una questione di diritto pubblico e che, di conseguenza, quando le autorità di uno Stato decidono di espellere uno straniero per motivi di sicurezza, ciò costituisce

<sup>3</sup> E.J. RUIZ VIEYTEZ, *El status de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español*, vol. I, Tesi di dottorato difesa a Deusto, Bilbao, 1997, p. 53, nota 135.

<sup>4</sup> *International Law Reports*, vol. 46, 1973, pp. 178-225.

<sup>5</sup> Nostra traduzione dal Prologo del libro di J.A. CARRILLO SALCEDO (coord.), *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos*, Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2002, p. 9.

<sup>6</sup> Nostra traduzione di J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Prólogo del libro Legislación básica sobre extranjeros*, II ed., 1989.

un atto di governo che appartiene ad un settore ‘riservato’ e che non rappresenta una decisione relativa ai diritti e agli obblighi civili ai sensi dell’articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo<sup>7</sup>.

Per quanto riguarda il contenuto, va detto che esiste un nucleo minimo di diritti che devono essere rispettati nei confronti degli stranieri, storicamente definito come “standard minimo”, tenuto conto che, a livello internazionale, agli stranieri possono essere riconosciuti diritti persino superiori a quelli dei cittadini stessi.

Tuttavia, come afferma il Prof. Mariño Menéndez, «non esiste un accordo completo sul contenuto dello ‘standard minimo’, perché nella determinazione dello stesso i principali strumenti di protezione non coincidono completamente», ma ciononostante egli ritiene che «questo standard minimo è costituito da diritti inviolabili, inerenti alla dignità della persona: diritto alla vita, all’integrità fisica e morale, incluso il diritto a non essere sottoposto a schiavitù o servitù, il diritto ad un processo imparziale, alla giustizia e alla non retroattività del diritto penale, alla personalità giuridica, a creare una famiglia e alla libertà di pensiero, coscienza e religione»<sup>8</sup>.

E in effetti, il contenuto di questi “standard minimi” non è ben definito a livello internazionale ma, in ogni caso, oggi, coincide con il nucleo irriducibile dei diritti umani e delle libertà fondamentali, ovvero con il nucleo dei diritti che non possono essere derogati o sospesi anche nelle circostanze più estreme<sup>9</sup>.

Ad ogni modo, nel quadro regionale europeo, gli Stati si sono convenzionalmente vincolati a obblighi positivi in materia di protezione e rispetto dei diritti umani che possono essere estesi ad ogni persona umana e, quindi anche agli stranieri, persino in situazioni irregolari<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Caso *Agee c. Regno Unito*, Decisione sulla ricevibilità della domanda del 13 luglio 1982, in *Décisions et Rapports*, vol. 7, p. 187. Vedi anche la decisione di ammissibilità nel caso *Hosenball c. Regno Unito*, in *Décisions et Rapports*, vol. 9, p. 224.

<sup>8</sup> F. MARIÑO MENÉNDEZ, *Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional*, in ID. (ed.), *Derechos de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, pp. 111-112.

<sup>9</sup> P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La violation grave de droits de l’homme comme une menace contre la paix*, in *Revue de Droit International*, 1999, n. 1, pp. 23-59.

<sup>10</sup> In tema, vedi V. CHÉTAIL, *Migration, Droits de l’Homme et Souveraineté: le Droit International dans tout ses états*, in ID. (cur.), *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question*, vol. II, Brussels, 2007, p. 13 ss.; B.

Possiamo quindi ritenere che ciascuno Stato abbia una serie di obblighi da rispettare in funzione degli impegni acquisiti a livello internazionale. Pertanto, alcuni diritti umani possono essere stabiliti per i cittadini e altri per gli stranieri, taluni per gli stranieri regolari e altri per gli irregolari.

Tuttavia, esiste un nucleo irriducibile, che corrisponde al nucleo minimo che gli Stati sono obbligati a rispettare, in ogni circostanza, tempo e luogo, che presenta un ambito generale, trattandosi di regole di diritto internazionale consuetudinario, ugualmente applicabili agli immigrati irregolari. Mi riferisco a ciò che la Corte internazionale di giustizia ha chiamato, nel caso dello Stretto di Corfù, nel 1949, «considerazioni elementari d'umanità»<sup>11</sup>.

Ad esempio, l'art. 15 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) consente la deroga dei diritti umani e delle libertà fondamentali in caso di grave pericolo o minaccia alla vita della nazione, tutelando però i diritti essenziali che non possono essere derogati, nemmeno in queste circostanze, e cioè il diritto alla vita (o di non essere privati arbitrariamente della vita), il diritto a non essere torturato, a non essere sottoposto a schiavitù o servitù o alla non retroattività della legge penale<sup>12</sup>.

Esistendo, quindi, questi diritti minimi, i diritti umani hanno smesso di appartenere alla categoria delle materie che sono essenzialmente sotto la giurisdizione interna degli Stati<sup>13</sup> e, di conseguenza, gli stranieri, compresi quelli in stato di irregolarità, vantano tali diritti inderogabili.

NASCIMBENE, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in M. CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani: profili internazionali, europei e interni*, Roma, 2009, p. 29 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *The Relationship Between Human Rights and the Rights of Aliens and Immigrants*, in U. FASTERNATH, R. GEIGER, D.E. KHAN, A. PAULUS, S. VON SCHORLEMER, C. VEDDER (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, pp. 552-573.

<sup>11</sup> C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 22.

<sup>12</sup> Vedi P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (art. 15 CEDH)*, in F.J. GARCÍA ROCA, P. SANTOLAYA MACHETTI (eds.), *La Europa de los Derechos – el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, III ed., Madrid, 2014, pp. 765-784.

<sup>13</sup> Ciò è riconosciuto dall'Institut de Droit International nella sua risoluzione di Santiago de Compostela del 13 settembre 1989. Vedi il testo in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 63-II, 1990, p. 338 ss.

Il fatto che essi siano “minimi” non significa che siano sufficienti. Ad esempio, il grado di garanzie giurisdizionali, nel quadro europeo, include non solo l'*habeas corpus* o il diritto alla libera difesa<sup>14</sup>, ma anche il diritto a ricevere informazioni in una lingua comprensibile, il diritto a non essere giudicato due volte, l'istituzione di un apparato giudiziario con adeguate garanzie conformemente al livello organizzativo dello Stato, ecc.

A questo proposito, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha asserito che il ritorno di uno straniero in un paese in cui vige la pena capitale, dove costui potrebbe essere soggetto al braccio della morte, comporterebbe una violazione dell'art. 3 della CEDU che garantisce il diritto a non essere torturati o sottoposti a trattamenti o pene disumani o degradanti<sup>15</sup>, a meno che non siano garantite condizioni di rimpatrio finalizzate a proteggere la persona da questa situazione.

In questo modo nessuno può essere espulso da uno Stato verso un paese in cui subirà persecuzioni o a nessuno può essere impedito di entrarvi a causa della razza. Tutti gli stranieri hanno il diritto di essere protetti rispetto ad azioni di violenza collettiva<sup>16</sup> e hanno, altresì, il diritto di accesso ai tribunali e di ricevere un risarcimento equo e giusto in caso di violazione<sup>17</sup>. Al riguardo, Mariño Menéndez, con cui concordo, ritiene che esiste «un principio di *ius cogens*, secondo il quale nessuno straniero può essere respinto, espulso o restituito a uno Stato terzo se corre un determinato pericolo che venga violata la sua vita o la sua integrità fisica e morale»<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> La sentenza della Corte costituzionale italiana n. 198 del 2000 riconosce il diritto alla difesa anche a favore degli immigrati irregolari perché «lo straniero (anche irregolarmente soggiornante) gode di tutti i diritti fondamentali della persona umana». Egualmente la sentenza n. 105 del 2001.

<sup>15</sup> Cfr. al riguardo Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 luglio 1989, *Soering*. Ovviamente lo stesso accadrebbe se si trattasse del ritorno di una straniera, anche se immigrata irregolare, in un paese in cui sussiste la lapidazione o l'ablazione della clitoride e c'è il rischio o il timore che ciò possa minare la sua integrità.

<sup>16</sup> Ricordiamo i casi di coloni bianchi nello Zimbabwe o anche quelli di El Ejido ad Almería.

<sup>17</sup> Non bisogna dimenticare che la dicotomia tra proprietà privata e sovranità permanente dei popoli sulle proprie risorse naturali solleva numerose domande e controversie.

<sup>18</sup> F. MARIÑO MENÉNDEZ, *Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional*, cit., p. 116.



Nell'ambito dei sistemi giuridici interni, può servire come esempio l'art. 13 della Costituzione spagnola del 1978, il quale riconosce che «gli stranieri godranno in Spagna delle libertà pubbliche garantite da questo titolo<sup>19</sup> nei termini stabiliti dai trattati e dalla legge»; pertanto, esso garantisce i diritti e le libertà fondamentali senza limiti, riconosciuti nell'art. 23, come indicato nell'art. 13, nel secondo paragrafo<sup>20</sup> e la stessa Corte Costituzionale ammette la legittimazione attiva degli stranieri in relazione ai diritti contemplati nella norma costituzionale<sup>21</sup>.

E qui vale la pena evidenziare che i limiti costituzionali per gli stranieri sono determinati da ciò che «stabiliscono i trattati e la legge»<sup>22</sup>, vale a dire che, da un lato, si espandono nella fascia superiore perché potrebbero esserci trattati internazionali che garantiscono più diritti, come il Trattato sull'Unione europea relativo ai cittadini dei diversi Stati membri che si trovano in uno dei territori sottoposti a tale quadro giuridico o quei trattati, sia misti, multilaterali o bilaterali che ammettono più diritti per gli stranieri; dall'altro lato, invece, nella fascia inferiore, le leggi sono di solito più restrittive, sebbene possano anche essere contrassegnate da diritti per così dire “generosi”<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Si riferisce al titolo dedicato ai diritti e doveri fondamentali.

<sup>20</sup> Il testo di questo paragrafo dice: «Solo gli spagnoli saranno titolari dei diritti riconosciuti nell'articolo 23, salvo ciò che, secondo i criteri di reciprocità, può essere stabilito dal trattato o dalla legge per il diritto al suffragio attivo e passivo nelle elezioni comunali». Il testo è stato modificato dalla riforma costituzionale pubblicata nella Gazzetta ufficiale dello Stato numero 207, del 28 agosto 1992.

<sup>21</sup> A titolo di esempio si può citare il caso del diritto all'onore rivendicato da una non spagnola, la signora Friedman. Cfr. STC 214/1991, dell'11 novembre, caso *Violeta Friedman*.

<sup>22</sup> Sui diritti inalienabili nel quadro spagnolo, vedi C. PICO LORENZO, *Derechos fundamentales de los extranjeros. Derechos inalienables en igualdad de condiciones con los nacionales y derechos con distinto marco legal. El trabajo del extranjero como derecho de configuración legal. Consideraciones sobre las distintas vías de obtención del permiso de trabajo*, in *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1994, n. 37, pp. 13-71.

<sup>23</sup> J.A. MIQUEL CALATAYUD, *Consideraciones sobre el derecho a la igualdad y en relación con los extranjeros*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, n. 611, p. 1767. José Antonio Miquel Calatayud effettua in questo lavoro una riflessione sul significato e la portata della legislazione dettata dall'articolo 14 della Costituzione spagnola (uguaglianza e non discriminazione) in relazione all'articolo 14 (diritti degli stranieri), sebbene lo estenda anche ai trattati internazionali, universali e regionali, che contemplano la norma sull'uguaglianza. V. sul punto le pp. 1683-1781.

Negli “standard minimi” di diritto internazionale non sono compresi i diritti politici o alcuni diritti sociali. Questo è il motivo per cui, in Europa, alcuni di questi diritti sono limitati anche nel caso degli stranieri<sup>24</sup>. Tuttavia, siffatta impostazione tradizionale è, oggi, in evoluzione, tramite l’estensione agli stranieri di alcuni diritti sociali, economici o culturali.

Anche a livello europeo esiste un’equiparazione tra stranieri e cittadini, ad esempio nel quadro della Carta sociale europea, che identifica i lavoratori migranti indipendentemente dal fatto che siano cittadini o stranieri, oppure nell’Accordo europeo di stabilimento, del 1955, del Consiglio d’Europa<sup>25</sup>.

Infine, i diritti riconosciuti nell’ambito dell’Unione europea attestano che esiste un insieme di regole a favore degli stranieri, come pure confermano gli accordi particolari stipulati con diversi Stati terzi, con i quali sono concessi alcuni diritti ai cittadini di tali Stati<sup>26</sup>.

Tutto questo sulla base del fatto che occorre riconoscere ad ogni essere umano un insieme di diritti<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Per uno studio più approfondito su questo tema, vedi J. RODRÍGUEZ DRIN-COURT, *Los derechos políticos de los extranjeros*, Madrid, 1997. Per uno studio più aggiornato sulla legislazione spagnola, vedi C. GORTÁZAR, *Spain: Two Immigration Acts at the End of the Millenium (The Organic Law on the Rights and Liberties of Aliens in Spain and their Social Integration: Organic Law 4/2000 of January Modified by Organic Law 8/2000 of December 22*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002, vol. 4, pp. 1-21.

<sup>25</sup> Sulla tutela dei diritti degli stranieri in diversi trattati, vedi J.R. MANJÓN MANJÓN, *Inmigración y extranjería en los tratados internacionales*, in *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, 1991, n. 11, pp. 144-161.

<sup>26</sup> P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *El marco jurídico de las relaciones exteriores de la Unión Europea en materia de Inmigración*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, n. 27, pp. 463-510. Si vedano i vari contributi contenuti nel numero speciale della *Rivista Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (n. 2 del 2018) “A tre anni dall’Agenda europea sulla migrazione: la tutela dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale nel contesto dello sviluppo delle politiche ‘comuni’ di immigrazione e di asilo” ed in particolare l’Editoriale di G. GUARINO.

<sup>27</sup> Tuttavia non mancano Stati in cui sono ancora previste condanne privative della libertà per la semplice irregolarità nell’ingresso degli immigrati. Cfr. al riguardo un grafico molto eloquente delle disposizioni giuridiche al riguardo di tutti gli Stati dell’UE, in EU AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation in the European Union - Comparative Report*, Publications of the EU, Luxembourg, 2011, p. 54.

### 3. *I diritti generici di tutti gli stranieri, compresi gli immigrati irregolari, nel quadro europeo*

In tale contesto assume particolare rilievo la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, che costituisce un ordine pubblico europeo, ovvero un insieme di principi giuridici di valore per così dire costituzionale sul piano internazionale<sup>28</sup>.

Ebbene, tutti i diritti previsti nella CEDU devono essere garantiti dagli Stati parte, come stabilito all'art. 1, «ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione»: in altri termini, siffatti diritti vanno garantiti non solo ai cittadini o a determinati stranieri ma a qualsiasi persona sottoposta alla giurisdizione dello Stato, compresi gli immigrati irregolari.

Inoltre, la Convenzione europea impone non solo il rispetto degli obblighi in materia di diritti umani e delle libertà fondamentali previste, ma anche la loro effettiva attuazione.

Tuttavia, è pur vero che la CEDU fa numerosi riferimenti a concetti giuridici indeterminati che possono essere interpretati come restrittivi dei diritti in determinate circostanze. Ad esempio, vengono utilizzate clausole di salvaguardia che garantiscono allo Stato una limitazione dei diritti riconosciuti<sup>29</sup>, quali, ad esempio, ordine pubblico, sicurezza pubblica, sicurezza nazionale, sanità pubblica, difesa dell'ordine, protezione di altri interessi legittimi, ecc. Ma ciò non significa che lo Stato, nell'interpretare questi concetti giuridici "indeterminati", possa limitare del tutto i diritti in esame, giacché è la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ad avere la competenza esclusiva di interpretare tali clausole di salvaguardia, cercando «di dare loro un significato valido per tutti gli Stati contraenti»<sup>30</sup>.

Non sarebbe comunque legittimo che uno Stato europeo, ad esempio, proibisca i diritti contemplati nella Convenzione, come il diritto di riunione, manifestazione, espressione, associazione, orga-

<sup>28</sup> Vedi a questo proposito, P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, soprattutto p. 42 ss.

<sup>29</sup> Vedi M<sup>a</sup>T. FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ, *Derechos humanos y Consejo de Europa*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 32.

<sup>30</sup> M.A. EISEN, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Cuadernos Cívitas*, Madrid, 1985, p. 89.

nizzazione, fondazione di una famiglia, incluso il matrimonio, o la libera circolazione o residenza basate sulla situazione di residenza irregolare di una persona. Ovviamente non intendo ignorare che, a volte, quella situazione di irregolarità, secondo le norme statali impedisce l'esercizio e il godimento di tali diritti perché ne discende la privazione della libertà (nel caso di ordini di espulsione, detenzione preventiva o di qualsiasi altra contingenza) ma ciò sarebbe ugualmente applicabile ai cittadini a parità di circostanze.

In pratica è molto difficile per lo Stato giustificare la violazione dei diritti fondamentali basata su una mera residenza irregolare. Esiste, al riguardo, una sentenza molto interessante della Corte Suprema degli Stati Uniti del 27 marzo 2002<sup>31</sup>, che contiene elementi di chiarificazione sotto il profilo dei diritti che vanno riconosciuti ai lavoratori immigrati clandestini, al pari degli altri lavoratori. Ciò è di estremo rilievo, considerato che ci sono datori di lavoro che abusano degli immigrati irregolari con la certezza che non saranno mai denunciati per la paura dell'espulsione. Tuttavia, vi è una maggiore tolleranza nei confronti dell'immigrato irregolare rispetto al datore di lavoro senza scrupoli e, in ogni caso, i diritti del lavoro sono inalienabili, indipendentemente dallo *status* giuridico del dipendente<sup>32</sup>.

E ancora, la libertà di espressione, il diritto di riunirsi pacificamente, quello dell'associazionismo e della non discriminazione, ecc. sono riconosciuti dalla CEDU a chiunque sia sottoposto alla giurisdizione di uno Stato e, dunque, anche agli stranieri, anche se irregolari. Pertanto, non sono ammissibili discriminazioni in relazione a tali diritti, qualunque sia la qualità dello straniero.

Come già detto, infatti, la CEDU stabilisce nel suo art. 1 l'obbligo delle Alte Parti contraenti di riconoscere a tutte le persone sottoposte alla loro giurisdizione i diritti e le libertà riconosciuti nel Titolo I di detta

<sup>31</sup> *Caso Hoffman Compounds, inc. versus National Labour Relations Board*, (00-1595) 535 U.S. 137 (2002), 237 F.3d 639, reversed, del 27 marzo 2002, in <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/00-1595.ZO.html>.

<sup>32</sup> Nel caso specifico, tenuto conto che il lavoratore aveva usato documenti fraudolenti per il reclutamento, ha prevalso la buona fede dell'azienda che credeva di assumere un lavoratore legale. Vedi, F. MORRONE, *La condizione giuridica del lavoratore migrante irregolare alla luce della normativa internazionale*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e Diritti Fondamentali – Fra Costituzioni Nazionali, Unione Europea e Diritto Internazionale*, Milano, 2010, pp. 299-315.

Convenzione. Usando, dunque, il verbo “riconoscere” i redattori della Convenzione hanno voluto, appunto, indicare, che i diritti e le libertà del Titolo I, saranno rispettati, in quanto preesistenti, nei confronti di chiunque sia sottoposto alla giurisdizione degli Stati contraenti<sup>33</sup>.

È chiaro, dunque, che i diritti e le libertà saranno garantiti anche agli stranieri che si trovano nel territorio di una delle Parti contraenti, anche se irregolari, e ciò perché la Convenzione europea sui diritti umani presuppone l'esistenza di un ordine pubblico europeo, nel senso di un ordine pubblico creatore di norme di *ius cogens* applicabili a tutti, senza possibilità di alcuna deroga<sup>34</sup>.

Al riguardo, le restrizioni imposte dalla CEDU agli stranieri, attraverso l'accettazione di dichiarazioni statali restrittive, o riserve o mediante clausole di salvaguardia<sup>35</sup>, come ha affermato chiaramente il giudice Morenilla Rodríguez, «non possono far dimenticare che la Convenzione europea sui diritti umani e i protocolli che completano l'elenco dei diritti garantiti, riconosce in via generale agli stranieri, negli stessi termini dei cittadini, quasi tutti i diritti stabiliti»<sup>36</sup>.

A questo proposito, il prof. Trechsel, ex membro della Commissione europea per i diritti umani, ha riconosciuto che «è indiscutibile che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo non è stata progettata per risolvere i problemi di ingresso ed espulsione degli stranieri<sup>37</sup>, poiché il presente Accordo non garantisce l'ingresso in un

<sup>33</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, par. 239.

<sup>34</sup> Sulla Convenzione europea dei diritti come un trattato che impone un “ordine pubblico europeo”, vedi la monografia di P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo*, cit., in part. p. 42 ss.

<sup>35</sup> Vedi, ad esempio, l'articolo 5 n. 1 lett. f della CEDU o l'articolo 2 n. 1 del Protocollo IV.

<sup>36</sup> J.M. MORENILLA RODRÍGUEZ, *Dimensión internacional*, cit., p. 119.

<sup>37</sup> Ad esempio, nel caso *X c. Svezia*, in cui era stata sollevata una domanda avverso la negazione di un permesso di ingresso ad uno straniero in Svezia (che voleva vedere sua figlia) la Commissione europea per i diritti umani aveva stabilito la violazione del diritto alla vita di famiglia garantito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In sostanza, l'argomento della Commissione europea per i diritti umani era il seguente: «In conformità al diritto internazionale generale, uno Stato, in virtù dell'esercizio della sua sovranità, può esercitare il controllo sull'ingresso e l'uscita degli stranieri nel proprio territorio; d'altro canto, il libero accesso al territorio di uno Stato non è garantito nel Titolo I della Convenzione. Tuttavia, se uno Stato è

Paese o la permanenza in un Paese diverso dal proprio. Tuttavia, gli organi della Convenzione hanno fatto un grande sforzo per colmare questa lacuna ed ottenere la massima protezione possibile»<sup>38</sup>.

In ogni caso, ciò che è vero, come regola generale, è che ognuno ha il diritto alla dignità. L'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) stabilisce che la dignità umana è inviolabile e che sarà rispettata e protetta. Ivi non c'è stato bisogno di sottolineare, come in altri articoli, "ogni persona" o "nessuno" o "ogni lavoratore" o "ogni cittadino", ma si usa l'espressione "umana" che è sufficiente in sé.

Tuttavia, è molto difficile specificare cosa sia la dignità, utilizzarla come concetto da cui poter "derivare" proposizioni normative<sup>39</sup>. La stessa CGUE ha usato concetti come la dignità umana per riconoscere i diritti sociali<sup>40</sup> degli immigrati irregolari<sup>41</sup> e l'Avvocato generale

parte della Convenzione europea sui diritti umani, si ritiene che accetti di limitare il libero esercizio dei diritti che gli spettano in base al diritto internazionale generale, incluso, quindi, l'esercizio del diritto di controllo in entrata e in uscita degli stranieri, nella misura e in base ai limiti imposti dagli obblighi assunti nell'ambito del presente Accordo. È in questo caso che si pone la questione se... la non concessione di un visto d'ingresso al richiedente da parte del governo svedese non stesse privando lo straniero dei diritti garantiti dal titolo I della Convenzione...» (in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 2, 1958-59, p. 372). Come si può vedere, la stessa Commissione europea per i diritti umani ha riconosciuto questo quadro giuridico di diritto internazionale pubblico, con i limiti indicati dagli atti giuridici dello Stato o dal quadro giuridico non derogabile dei diritti fondamentali.

<sup>38</sup> Vedi *Actes du Colloque sur les Droits des Étrangers en Europe*, (Funchal, Madeira, Portugal, 17-19 octobre, 1983), Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1985, p. 390.

<sup>39</sup> Sulle plurime declinazioni della nozione di dignità umana v. A. DI STASI, *Human Dignity as a Normative Concept. "Dialogue" Between European Courts (ECtHR and CJEU)?*, in *Judicial Power in a Globalized World. Liber Amicorum Vincent de Gaetano*, 2019, pp. 115-130. V. anche P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *El Derecho de los Inmigrantes a Tener Derechos*, Valencia, 2019, pp. 198-203.

<sup>40</sup> Anche il Consiglio d'Europa ha analizzato questo problema. Vedi, R. CHOLEWINSKI, *Study on Obstacles to Effective Access of Irregular Migrants to Minimum Social Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2005. Con riferimento al Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa vedi S. DE MAURIZIO, *I diritti dei migranti irregolari secondo il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa*, in *I Diritti dell'Uomo*, 2015, n. 2, pp. 325-328.

<sup>41</sup> C. PÉREZ GONZÁLEZ, F. IPPOLITO, *Eppur si muove!: nuevos caminos jurisprudenciales para la protección de los derechos sociales de los migrantes indocumentados en Europa*, in *Revista derecho com. eur.*, 2016, p. 69.

della CGUE Jacobs ha perfino considerato la dignità umana come il più fondamentale dei diritti<sup>42</sup>.

Nell'applicazione della CEDU sono stati utilizzati concetti come la dignità umana o la situazione di vulnerabilità per proteggere i richiedenti asilo<sup>43</sup>. La dignità dell'essere umano, dunque, prevale su qualsiasi altra considerazione giuridica<sup>44</sup>, specialmente in relazione all'espulsione degli immigrati irregolari<sup>45</sup>. Ciò è stato sottolineato, tra l'altro, nel caso *Z. Zh. e altri*, dalla Corte di giustizia dell'UE<sup>46</sup>.

La CGUE ha, inoltre, utilizzato il concetto di dignità umana in relazione al diritto ad un ricorso effettivo quando le norme sull'immigrazione sono applicate ai posti di controllo di frontiera<sup>47</sup> e ancora, essa ha affermato che la direttiva rimpatri 2008/115 deve essere eseguita tenendo conto del diritto naturale, ovvero che le condizioni di rimpatrio devono essere dignitose e umane. Pertanto, con riguardo ad un cittadino in situazione irregolare, destinatario di un provvedimento di espulsione in conseguenza di tale direttiva, in caso di malattia grave, prevale il suo diritto alla dignità<sup>48</sup>, vale a dire cioè che il

<sup>42</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale JACOBS del 14 giugno 2001 nel caso *Paesi Bassi c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione Europea*, causa C-377/98, punto 197.

<sup>43</sup> Vedi in questo senso l'articolo di S. MORGAGES GIL, *La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Revista derecho com. eur.*, 2010, n. 37, pp. 801-842.

<sup>44</sup> Vedi C.I. MASSINI CORREAS, *Sobre Dignidad Humana y Derecho. La Noción de Dignidad de la Persona y su Relevancia Constitutiva en el Derecho*, in *Prudentia Iuris*, 2017, n. 83, pp. 49-72.

<sup>45</sup> La CDI ha studiato questo argomento. Vedi A.G. CHUECA SANCHO, *La Comisión de Derecho Internacional examina el tema: Expulsión de los extranjeros*, in *Revista española de derecho internacional*, 2005, pp. 1110-1112. Ugualmente J.M. SOBRINO HEREDIA, *La expulsión de los extranjeros en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2010, n. 20, in [www.reei.org](http://www.reei.org). Ai fini di tali questioni, la CDI considera l'espulsione come «un atto giuridico con il quale lo Stato obbliga una persona o un gruppo di persone di un altro Stato a lasciare il suo territorio» (Doc. A/CN.4/554, para. 13).

<sup>46</sup> Corte di giustizia, sentenza dell'11 giugno 2015, *Z. Zh e altri*, causa C-554/13, punto 47.

<sup>47</sup> Corte di giustizia, sentenza del 17 gennaio 2013, *Zakaria*, causa C-23/12.

<sup>48</sup> Corte di giustizia, sentenza del dicembre 2014, *Moussa Abdida*, causa C-562/13.

diritto alla salute ha la precedenza sul diritto dello Stato al rimpatrio degli immigrati irregolari.

#### 4. *I diritti specifici degli immigrati irregolari in Europa*

Gli immigrati irregolari, a parte i diritti generici discussi finora, vantano diritti specifici<sup>49</sup>. A questo proposito, Carrera e Guild ritengono che vi siano quattro elementi essenziali da considerare in relazione ai diritti degli immigrati irregolari: in caso di espulsione o detenzione, il diritto a non essere espulsi in un luogo in cui subiscono persecuzioni, nel senso di non essere torturati o di non essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti e il diritto alla vita familiare; l'accesso alla salute (e all'assistenza e a trattamenti medici)<sup>50</sup>; la vulnerabilità degli immigrati irregolari in termini di sfruttamento del lavoro<sup>51</sup>; infine, l'accesso agli alloggi e a condizioni di vita adeguate<sup>52</sup>.

Uno di questi diritti inalienabili è legato al principio di *non refoulement*, alla stregua del quale l'ingresso di un richiedente asilo che intende entrare non può essere negato quando la sua vita, libertà o sicurezza sono in pericolo. Né può essere rimpatriato una volta che è stato autorizzato ad entrare, ovviamente, neppure se si trova in una situazione di residenza irregolare.

Nel quadro europeo, è molto importante tener conto del rife-

<sup>49</sup> Più diffusamente, sul tema, sia consentito rinviare a P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *El derecho de los inmigrantes irregulares a tener derechos*, op. cit. mentre sulla triade cittadinanza, nazionalità e immigrazione v. ID., *Cittadinanza, nazionalità e immigrazione*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: Profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, p. 69 ss.

<sup>50</sup> Sull'accesso alla salute, vedi M. LEVOY, K. SOOVA, *Access to health care for undocumented migrants*, in S. CARRERA, M. MERLINO (eds.), *Assessing EU Policy on Irregular Immigration under the Stockholm Programme*, CEPS, Paris, 2010, pp. 18-22; D. MORANA, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati*, Milano, 2010.

<sup>51</sup> I. DE SANCHO ALONSO, *Access to labour rights for undocumented workers*, in S. CARRERA, M. MERLINO (eds.), op. cit., pp. 10-14.

<sup>52</sup> S. CARRERA, E. GUILD, *Undocumented Migrants and the Stockholm Programme*, in S. CARRERA, M. MERLINO (eds.), op. cit., pp. 7-8. In relazione all'accesso agli alloggi, vedi, in questa stessa opera: G. SCAPPUCCI, *Access to Housing for Undocumented Migrants*, in S. CARRERA, M. MERLINO (eds.), op. cit., pp. 28-31.



rimento esplicito a questo principio contenuto nell'art. 19.2 della CDFUE – che, come è noto, è divenuta giuridicamente vincolante a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – il quale lo sancisce come standard fondamentale e nell'art. 4, co. 4, lett. *b*) della citata direttiva 2008/115/CE<sup>53</sup>.

Le stesse istituzioni internazionali quando hanno dovuto applicare questo principio lo hanno fatto alla luce del principio generale; lo prova, ad esempio, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, quando si è dovuto misurare con i problemi legati all'extradizione<sup>54</sup>.

Allo stesso modo, la Corte EDU ha stabilito che questo principio è applicabile quando si tratta di rimpatriare una persona in un paese in cui subirà torture o trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 3 della CEDU, o finanche in caso di permanenza nel corridoio della morte delle carceri statunitensi<sup>55</sup>. Non è rilevante, infatti, il paese di destinazione, se sia europeo o altro<sup>56</sup>.

Anche quando si verificano intercettazioni di imbarcazioni con a bordo migranti, sia durante il soccorso che in altre operazioni, gli Stati non possono violare il principio di *non refoulement*<sup>57</sup>. Ciò è stato affermato dalla Corte EDU, in un noto caso riguardante l'Italia quando ha rinvio i migranti “salvati” in Libia, quale Stato ritenuto “sicuro”<sup>58</sup>. Al riguardo, il parametro convenzionale della

<sup>53</sup> In GUUE L 348 del 24 dicembre 2008.

<sup>54</sup> Recommendation n° R(80) 9 of the Committee of Ministers of the Council of Europe. Per un'analisi completa dell'attività del Consiglio d'Europa su questi temi vedi S. TONELLI, *Irregular Migration and Human Rights: A Council of Europe Perspective*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden, 2004, pp. 301-310.

<sup>55</sup> Vedi il caso *Soering*, sentenza del 7 luglio 1989 o il caso *Cruz Vara e a.*, sentenza del 20 marzo 1991.

<sup>56</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 dicembre 2016, *Paposhvili c. Belgio*, par. 193.

<sup>57</sup> G. GOODWIN-GILL, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, n. 23, p. 443.

<sup>58</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09. Vedi anche i commenti di I. PAPANIKOLOPULU, *Hirsi Jamaa v. Italy. Comment*, in *American Journal of International Law*, 2013, n. 107, p. 417 e M. GIUFFRÉ, *Waterdown Rights on the High Seas. Hirsi Jamaa and Others v. Italy (2012)*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, vol. 61, pp. 728-750.

Corte EDU è stato l'art. 3 della CEDU, nonché l'art. 4 del Protocollo n. 4 della CEDU che vieta le espulsioni collettive di stranieri, proprio a causa della mancanza di garanzia nell'applicazione di questo principio<sup>59</sup>.

Ad ogni modo l'applicazione di questo principio è universale ed indipendente dal comportamento della vittima<sup>60</sup>.

Circa il principio di *non refoulement* nell'ambito dell'Unione europea<sup>61</sup>, particolarmente rilevanti sono l'art. 18 della CDFUE e l'art. 78 del TFUE, entrambi costitutivi del diritto primario, che menzionano espressamente tale principio, oltre ad altri obblighi generali e al diritto derivato<sup>62</sup>; il Regolamento (CE) n. 2007/2004 che è stato

<sup>59</sup> La Corte EDU, ha ripetutamente considerato che il rinvio degli immigrati irregolari in Marocco, da parte della Spagna, nell'ambito delle pratiche di rimpatrio, comporta una espulsione collettiva, contraria alla CEDU. Sul punto cfr. C. SOLER GARCÍA, *La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especial referencia al caso de España*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, n. 45, pp. 107-160.

<sup>60</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, par. 79. Vedi, anche par. 104 ss.: «l'esistenza formale di provvedimenti interni allo Stato ricevente e l'accettazione di trattati internazionali che garantiscono, in linea di principio, il rispetto dei diritti fondamentali non sono sufficiente, da soli, ad assicurare un'adeguata protezione dal rischio di maltrattamenti quando fonti affidabili dimostrano pratiche delle autorità tollerate da queste ultime, manifestamente contrarie ai principi della Convenzione». Al riguardo, R. CONTI, R. GIOVANNI, P. GORI, R. CALOGERO, *Art. 3 CEDU e condizioni umane di detenzione*, Vicalvi (Fr), 2017, p. 27.

<sup>61</sup> E. PAPASTAVRIDIS, *The EU and the Obligation of Non-Refoulement at Sea*, in F. IPPOLITO, S. TREVISANUT (eds.), *Migration in the Mediterranean – Mechanisms of International Cooperation*, Cambridge, 2015, pp. 236-262, in part. pp. 245-248.

<sup>62</sup> Si veda al riguardo la direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa alle procedure comuni per la concessione o la revoca della protezione internazionale*, del 26 giugno 2013, in GUUE L 1809, del 29 giugno 2013; direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa a norme e procedure comuni negli Stati membri per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi in situazione irregolare*, in GUUE L 348 del 24 dicembre 2008; Codice Frontiere Schengen approvato dal Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce un codice comunitario di norme per l'attraversamento delle persone attraverso le frontiere*, del 15 marzo 2006, in GUUE L 105, del 13 aprile 2006, successivamente modificato più volte, in ultimo il 20 giugno 2019, in GUUE L 188/25, del 12 giugno 2019.

modificato per prevedere espressamente l'obbligo di FRONTEX di rispettare il principio di *non refoulement*<sup>63</sup>; il Regolamento (UE) n. 656/2014 del 15 maggio 2014, che stabilisce norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel quadro della cooperazione operativa coordinata dall'Agencia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione Europea<sup>64</sup>, il quale include espressamente l'obbligo di rispettare il principio di *non refoulement* nel quadro delle operazioni marittime effettuate da FRONTEX<sup>65</sup>. La sentenza della CGUE del 14 maggio 2019 conferma poi che il diritto dell'UE ha esteso la garanzia di *non refoulement* prevista dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Vedi il nuovo art. 2 (1-*bis*) del Regolamento (UE) n. 1168/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, in GUUE L-304, del 22 novembre 2011, poi abrogato e sostituito dal Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, *relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio*.

<sup>64</sup> In GUUE L 189, del 27 giugno 2014.

<sup>65</sup> Al riguardo, l'art. 4, co. 1, di suddetto regolamento indica che «Nessuna persona verrà sbarcata in un paese, costretta ad entrarvi, guidata o altrimenti consegnata alle sue autorità, in violazione del principio di non respingimento quando, tra gli altri casi, vi è un serio rischio di essere esposti a pena di morte, tortura, persecuzione o a qualsiasi altra pena o trattamento disumano o degradante o quando la vita o la libertà è minacciata da motivi di razza, religione, nazionalità, orientamento sessuale, appartenenza ad un particolare gruppo sociale o da opinione politica, o quando c'è un grave rischio di essere espulsi, trasferiti o estradati in un altro paese in violazione del principio di *non refoulement*». L'operazione TRITÓN, ad esempio, è stata la prima ad essere eseguita conformemente a tali standard ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_STATEMENT-14-302\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-302_en.htm)).

<sup>66</sup> Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, su cui N. COLACINO, *La Corte di giustizia UE afferma l'irrevocabilità della qualità di rifugiato e il carattere assoluto del divieto di respingimento. Quali indicazioni per il giudice nazionale?*, in *FSJ*, 2019, n. 3, pp. 83-105. Vedi anche il commento di S. MARCHISIO in [www.masterdirittiumanisapienza.it/nessuna-eccezione-ai-respingimenti-e-rimpatri-di-rifugiati-e-richiedenti-asilo-la-sentenza-della](http://www.masterdirittiumanisapienza.it/nessuna-eccezione-ai-respingimenti-e-rimpatri-di-rifugiati-e-richiedenti-asilo-la-sentenza-della). In Spagna, la situazione più importante in relazione a questo principio è il cosiddetto "*hot return*" che non è oggetto di approfondimento nel presente contributo.

Esiste anche un diritto specifico riconosciuto dall'art. 4, del Protocollo IV della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, del 16 settembre 1963<sup>67</sup>, che è il divieto di espulsioni collettive<sup>68</sup>. La stessa tutela viene, altresì, prevista in altri accordi regionali<sup>69</sup>.

Ciononostante, il relatore speciale delle Nazioni Unite per i diritti umani dei migranti, François Crépeau, durante la sua visita a Bruxelles dal 2 al 5 febbraio 2015, per completare il suo studio sulla crisi migratoria nel Mediterraneo, nella sua relazione finale ha precisato che le garanzie dei diritti umani e dell'accesso alla giustizia per gli immigrati irregolari devono essere sviluppate dagli Stati membri, dato che si verificano tuttora gravi violazioni dei diritti umani<sup>70</sup>.

Ad esempio l'immigrato irregolare ha il diritto di essere ascoltato in procedimenti amministrativi in cui è coinvolto a causa del suo *status* irregolare<sup>71</sup> e ciò non sempre avviene.

La CGUE ha poi riconosciuto gli "effetti diretti" degli Accordi di associazione euro-mediterranei in cui sono previste misure migratorie per i cittadini degli Stati limitrofi, senza la necessità di una regolamentazione aggiuntiva<sup>72</sup>. Ciò è stato particolarmente importante per l'esercizio dei diritti di entrata e di uscita, di stabilimento, residenza, ecc. di familiari extraeuropei di cittadini europei<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> La Spagna, sebbene abbia firmato il 23 febbraio 1978, ha depositato lo strumento di ratifica il 16 settembre 2009 (BOE del 13 ottobre 2009). La Spagna non ha fatto altro che una dichiarazione in relazione a Gibilterra.

<sup>68</sup> A.G. CHUECA SANCHO, *El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros*, in *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2002, n. 1, pp. 9-36.

<sup>69</sup> Vedi art. 22, par. 6, della Convenzione americana sui diritti umani; art. 12, par. 4 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e l'art. 26, par. 2, della Carta araba dei diritti umani.

<sup>70</sup> F. CRÉPEAU, *End of Mission Statement Migrants and the Mediterranean: UN rights expert on human rights of migrants follow up visit to Brussels for further development of his study on EU border management, Banking on mobility to regain control of EU borders*, 5 febbraio 2015, [www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15544&LangID=F#sthash.f0prH1Lc.dpuf](http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15544&LangID=F#sthash.f0prH1Lc.dpuf).

<sup>71</sup> Corte di giustizia, sentenza del 22 novembre 2012, *M.*, causa C-277/11 e sentenza dell'8 maggio 2014, *H.N.*, causa C-604/12.

<sup>72</sup> Corte di giustizia, *Mohamed Gattoussi c. Stadt Rüsselsheim*, causa C-97/05, par. 39.

<sup>73</sup> Corte di giustizia, sentenza del 12 novembre 2014, *S. e G.*, causa C-457/12.

Quanto ai diritti economici e sociali – in alcun caso diritti minori o di seconda generazione – essi sono riconosciuti a tutte le persone sottoposti alla giurisdizione dello Stato e, quindi, anche agli immigrati irregolari.

La resistenza degli Stati europei al conferimento di adeguate garanzie agli immigrati è confermata, ad esempio, dal Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE) impone un trattamento equo rispetto a tali diritti, ma solo in relazione ai cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente negli Stati membri (art. 79.1).

D'altro canto, la stessa CDFUE limita il godimento di diritti quali l'accesso al mercato del lavoro (art. 15), alle prestazioni sociali (art. 34.2), la libera circolazione (art. 45), la sicurezza sociale (art. 34) ecc. Dunque, godono di pieni diritti solo i cittadini dell'UE e gli stranieri legalmente residenti nell'UE, non già i cittadini di paesi terzi in situazioni irregolare.

Se l'esistenza del Protocollo n. 12 della CEDU, del 4 novembre 2000, che riconosce un diritto autonomo e legittimo di non discriminazione, per qualsiasi motivo, potrebbe essere sufficiente ad assicurare in ogni caso il godimento dei diritti collettivi agli stranieri a prescindere dalla regolarità o irregolarità del soggiorno fisico in un determinato Stato, tuttavia è difficile il suo rispetto, perché gli Stati che hanno ratificato il Protocollo hanno voluto chiarire, in primo luogo che, la nozione di discriminazione non equivale alla nozione di distinto trattamento, dato che, se esiste una distinzione obiettiva e ragionevole, come ha indicato la Corte EDU, ciò non implica discriminazione nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>74</sup>.

In secondo luogo, «la formulazione dell'articolo 1 riflette un approccio equilibrato ai possibili obblighi positivi delle parti (...). Sebbene tali obblighi positivi non possono essere esclusi a livello globale, lo scopo principale dell'articolo 1 è stabilire per le Parti un obbligo negativo: astenersi da qualsiasi discriminazione nei confronti delle persone»<sup>75</sup>. Pertanto, gli obblighi imposti dal protocollo in parola sono più restrittivi.

In ambito lavoristico poi l'UE ha adottato una direttiva sulle san-

<sup>74</sup> *Ibidem*, par. 24.

<sup>75</sup> *Ibidem*, par. 24.

zioni ai datori di lavoro<sup>76</sup>, la quale però soffre di alcuni problemi come la mancanza di una definizione concreta della gravità delle condizioni di sfruttamento, il livello reale di protezione concesso alle vittime di sfruttamento, l'occupazione e i modi per garantire l'accesso ai canali legali e l'assistenza per chiedere un risarcimento o l'obbligo dei datori di lavoro di informare le autorità pubbliche quando assumono un cittadino di un paese terzo; il che rafforza la vulnerabilità degli immigrati irregolari<sup>77</sup>.

Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, le condizioni di lavoro degli immigrati irregolari che possono comportare lo sfruttamento del lavoro sono incompatibili con l'art. 4 della CEDU che vieta la servitù o il lavoro forzato<sup>78</sup>. In ogni caso, «lo stato di immigrazione di una persona non può costituire, in alcun modo, una giustificazione per privarli del godimento e dell'esercizio dei loro diritti umani, compresi quelli di natura lavorativa»<sup>79</sup>. Pertanto, l'inasprimento delle misure per combattere l'immigrazione clandestina pone come corollario il problema della sua compatibilità con i diritti fondamentali<sup>80</sup>.

L'art. 29 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (da ora CDFUE) stabilisce, inoltre, che «ogni individuo ha il diritto di accedere ad un servizio di collocamento gratuito». Secondo l'opinione di Enrico Caterini «tale diritto è il “contenuto essenziale” del diritto al lavoro; esso accomuna il non occupato, il disoccupato, cittadino o straniero anche irregolare»<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, *che stabilisce norme minime in materia di sanzioni e misure applicabili ai datori di lavoro di cittadini di paesi terzi in situazione irregolare*, in GUUE L 168 del 30 giugno 2009.

<sup>77</sup> I. DE SANCHO ALONSO, *Access to labour rights for undocumented workers*, in S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *Assessing EU Policy on Irregular Immigration under the Stockholm Programme*, CEPS, Brussels, 2010, p. 12.

<sup>78</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 giugno 2005, *Siliadin c. Francia*, ricorso n. 73316/01, par. 142.

<sup>79</sup> Parere consultivo della CIDU sullo *status* giuridico e sui diritti dei migranti privi di documenti, del 17 settembre 2003, par. 134.

<sup>80</sup> F. SCUTO, *Derechos de los inmigrantes en situación irregular*, in *Revista derecho com. eur.*, 2011, n. 16, p. 215.

<sup>81</sup> E. CATERINI, *L'accesso degli immigrati ai diritti fondamentali e sociali in Italia e nell'Unione Europea*, in *Persona y Derecho*, 2015, n. 2, p. 36.

Circa il diritto alla salute, invece, così come è stato integrato nel diritto internazionale, deve essere tradotto in una proiezione operativa e pratica. Il corollario di questo diritto è l'accesso ai sistemi di sanità pubblica. A questo proposito va notato che mentre gli Stati dell'UE hanno firmato e ratificato numerosi trattati internazionali che riconoscono il diritto di tutte le persone alla salute come un diritto umano di base e universale, in realtà la prassi e le norme nazionali negano tutto ciò<sup>82</sup>.

Inoltre, gli immigrati irregolari, come riconosciuto da Le Voy e Soova, oltre a non beneficiare di informazioni in materia, investono le loro energie nell'acquisizione dei semplici mezzi di sussistenza necessari per sopravvivere e dunque, ad eccezione di situazioni estremamente gravi, non utilizzano i sistemi sanitari<sup>83</sup>. In questo modo, essi diventano uno dei gruppi più emarginati e non protetti in Europa<sup>84</sup>.

Se è diffuso l'uso legale di termini come cure di emergenza, cure immediate, cure mediche essenziali, cure necessarie, cure mediche urgenti, ecc. nondimeno è difficile l'accesso degli immigrati irregolari ai sistemi sanitari, che, tra l'altro, è molto differente da Paese a Paese<sup>85</sup> anche in ragione dell'assenza di un regolamento europeo uniforme atto a garantire il diritto generale di accesso alla salute quale diritto fondamentale<sup>86</sup>.

Al riguardo, la risoluzione del Parlamento europeo dell'8 marzo 2011 sulla riduzione delle disuguaglianze sanitarie nell'UE, chie-

<sup>82</sup> Vedi Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM), *Undocumented Migrants Have Rights! An Overview of the International Human Rights Framework*, PICUM, Brussels, 2007(a), in [www.picum.org/sites/default/files/data/UndocumentedMigrantsHaveRights!.pdf](http://www.picum.org/sites/default/files/data/UndocumentedMigrantsHaveRights!.pdf).

<sup>83</sup> M. LE VOY, K. SOOVA, *Access to health care for undocumented migrants*, in S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *op. cit.*, p. 18.

<sup>84</sup> *Ibidem.*

<sup>85</sup> Vedi C. FABRE, *Social Rights in European Constitutions*, in G. DE BÚRCA, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, pp. 15 ss.

<sup>86</sup> Come A. GRATTERI riconosce «la giurisprudenza costituzionale, pur affermando il valore della pari dignità, considera compatibili con la Costituzione alcune distinzioni nello *status* degli stranieri regolari e irregolari definendo, in sostanza, quali sono i diritti minimi essenziali di cui tutti devono poter godere». Vedi A. GRATTERI, *La titolarità dei diritti sociali nelle Costituzioni europee: cittadini e stranieri*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 485.

de agli Stati membri di garantire l'accesso all'assistenza sanitaria di base<sup>87</sup>, ma gli Stati membri hanno generalmente ignorato questa richiesta che rimane nell'ambito di semplici risoluzioni parlamentari, senza accedere al grado qualificato di norme giuridiche.

Da parte sua, il Comitato europeo dei diritti sociali, le cui decisioni hanno una natura diversa dalle sentenze<sup>88</sup>, ha riconosciuto che l'accesso a cure mediche e sanitarie sufficienti è un prerequisito per preservare la dignità umana<sup>89</sup>. Tuttavia, la CEDU è più restrittiva in questo senso, e limita il diritto all'assistenza sanitaria, a seconda della legalità della residenza, in relazione alla possibile violazione dell'art. 3 della CEDU.

Mentre il Comitato ha ricordato che gli immigrati irregolari sono soggetti a diritti quando necessitano di servizi sociali di emergenza<sup>90</sup>, la Corte EDU in relazione al rimpatrio o al rimpatrio di immigrati irregolari, si è mostrata sensibile agli interessi esclusivamente statali o socio-economici, con la conseguenza che se la malattia subita dall'immigrato non è abbastanza grave, prevale il diritto dello Stato a non sovraccaricare i suoi sistemi di protezione sociale.

A questo proposito, la Corte EDU ha osservato quanto segue: «La Corte ricorda inoltre che gli stranieri gravemente malati non possono, in linea di principio, rivendicare alcun diritto a rimanere nel territorio di uno Stato contraente per continuare a beneficiare dell'assistenza

<sup>87</sup> In GUUE C199 E del 7 giugno 2012. Esso «invita gli Stati membri a garantire che i gruppi più vulnerabili, compresi i migranti privi di documenti, abbiano il diritto alla parità di accesso e alla pratica dell'assistenza sanitaria; invita gli Stati membri ad esaminare la fattibilità del sostegno all'assistenza sanitaria per i migranti irregolari, attraverso una definizione, basata su principi comuni, degli elementi di base di tale assistenza, quali definiti nelle rispettive legislazioni nazionali».

<sup>88</sup> L. JIMENA QUESADA, *La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: enfoque comparado con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in M. TEROL BECERRA, L. JIMENA QUESADA (coords.), *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales*, Valencia, 2014, pp. 249-267.

<sup>89</sup> Decisione, *FIDH c. Francia*, ricorso n. 14/2003, settembre 2004, par. 31-32.

<sup>90</sup> Il Comitato ha ricordato, nelle sue conclusioni su Malta, quanto segue: «Le Comité conclut que la situation de Malte n'est pas conforme à l'article 13§4 de la Charte au motif qu'il n'est pas établi que tous les étrangers non résidents – qu'ils soient en situation régulière ou irrégulière – aient droit à une assistance sociale et médicale d'urgence à Malte», Conclusions 2015 – Malte – article 13-4 (



medica, sociale o di altro tipo e dei servizi resi dallo Stato espellente. Il fatto che l'aspettativa di vita del richiedente si ridurrebbe significativamente se dovesse essere espulso dallo Stato contraente non è di per sé sufficiente a provocare una violazione dell'articolo 3. La decisione di espellere uno straniero che soffre di un grave malattia fisica o mentale in un paese in cui i servizi per il trattamento di questa malattia sono inferiori a quelli disponibili nello Stato contraente può sollevare una questione ai sensi dell'articolo 3, ma solo in un caso molto particolare, quando i motivi umanitari contro la repressione sono convincenti»<sup>91</sup>.

Per quanto riguarda l'accesso alle abitazioni di immigrati irregolari<sup>92</sup>, va notato che il Comitato europeo dei diritti sociali, in base alla Carta sociale europea, ha ritenuto che gli immigrati irregolari non sono titolari di un diritto all'abitazione, ma ad un alloggio dignitoso<sup>93</sup>. La base giuridica è l'art. 31 della Carta sociale europea, che non riconosce nemmeno questo diritto ai cittadini stessi, poiché afferma: «per garantire l'effettivo esercizio del diritto all'abitazione, le Parti s'impegnano a prendere misure destinate:

1. a favorire l'accesso ad un'abitazione di livello sufficiente;
2. a prevenire e ridurre lo *status* di “senza tetto” in vista di eliminarlo gradualmente;
3. a rendere il costo dell'abitazione accessibile alle persone che non dispongono di risorse sufficienti».

Come si può constatare, quindi, non si tratta di un diritto positivo ma di un'aspirazione.

Pertanto, il Comitato dei diritti sociali, con riferimento all'espressione “situazione dei senza tetto”, diverso dall'accesso agli alloggi, ha ritenuto che l'obbligo dello Stato fosse correlato solo al diritto ad un alloggio dignitoso. Pertanto, un alloggio dignitoso può essere temporaneo, collettivo e persino inadatto alla vita familiare<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 14 aprile 2015, *Tatar c. Svizzera*, ricorso n. 65692/12, par. 43.

<sup>92</sup> Vedi, anche se con particolare riferimento alla questione dei minori, G. SCAPUCCI, *Access to housing for undocumented migrants*, in S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *op. cit.*, pp. 28-31.

<sup>93</sup> *Defence for Children International c. Belgio*, reclamo n. 69/2011, decisione nel merito del 23 ottobre 2012, sezione. 102.

<sup>94</sup> *Caso Defence for Children Internacional c. Paesi Bassi*, reclamo n. 47/2008, decisione nel merito del 20 ottobre 2009, sezione 62.

Per quanto riguarda un alloggio adeguato, il Comitato ha indicato che deve disporre di tutti i servizi di base, quali acqua, riscaldamento, smaltimento dei rifiuti, servizi igienico-sanitari ed elettricità e deve anche essere strutturalmente sicuro, non affollato e con condizioni legali sicure, nel rispetto della legge<sup>95</sup>.

Inoltre, la Corte EDU ha ritenuto che ci sarebbe il rischio di violare l'art. 3 della CEDU se le condizioni abitative non consentissero l'accoglienza di tutti i membri dell'unità familiare, giacché la dispersione in questo senso sarebbe contraria alla CEDU<sup>96</sup>: una posizione questa confermata anche dalla CGUE, in relazione all'art. 4 della CDFUE<sup>97</sup>.

Infine, un cenno meritano i diritti degli immigrati irregolari trattenuti nei centri di detenzione. Nel 2008 l'UE ha voluto disciplinare le procedure comuni e stabilire norme per il ritorno degli immigrati irregolari nei loro luoghi di origine. In tale direzione è stata adottata la già menzionata direttiva 2008/115/CE relativa a norme e procedure comuni negli Stati membri per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi in una situazione irregolare<sup>98</sup>, preceduta, tra l'altro, dalla direttiva 2001/40 sul reciproco riconoscimento delle decisioni di espulsione<sup>99</sup>

<sup>95</sup> Conclusione 2003, Art. 31-1°, *France & FEANTSA c. Francia*, ricorso n. 39/2006, decisione nel merito, 5 dicembre 2007, par. 76.

<sup>96</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 novembre 2014, *Tarakbel c. Svizzera*, ricorso n. 29217/12, par. 100-122. Vedi, anche, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 aprile 2012, *Yordanova c. Bulgaria*, ricorso n. 25446/06, par. 130, ove la Corte è giunta alla conclusione che lo Stato bulgaro ha l'obbligo di offrire un alloggio a quelle persone che richiedono attenzione da parte dello Stato a causa della loro vulnerabilità, il che può andare bene in caso di immigrati irregolari; tuttavia, in questi casi il bene giuridicamente protetto sarebbe la vulnerabilità e non la permanenza irregolare.

<sup>97</sup> Corte di giustizia, *N.S.*, cause riunite C-411/10 e C-493/10.

<sup>98</sup> In GUUE L 348, del 24 dicembre 2008. La Spagna ha recepito la presente direttiva nell'ordinamento spagnolo attraverso la riforma della legge sull'immigrazione 4/2000, dell'11 gennaio, la nuova legge organica 2/2009, dell'11 dicembre del 2009 e il suo nuovo regolamento, adottato dal regio decreto legge 557/2011, del 20 aprile 1011. Per un'analisi generale, vedi A. BALDACCINI, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive*, in *Eur. Journ. Migr. Law*, 2009, pp. 1-17.

<sup>99</sup> Direttiva 2001/40/CE del Consiglio, *relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di espulsione di cittadini di paesi terzi*, del 28 maggio 2001, in GUUE L 149 del 2 giugno 2001.

e dal cosiddetto *acquis* di Schengen sull'ingresso, la permanenza e l'espulsione del territorio dell'UE<sup>100</sup>.

La critica di Fajardo a molte di queste norme è che «la maggior parte degli Stati membri adotta importanti misure di recepimento. Tuttavia, la direttiva 2001/40 è servita a chiarire le principali questioni che la direttiva rimpatri ha dovuto affrontare, tra cui evidenziare l'applicazione insoddisfacente della sanzione che ha comportato la misura di espulsione in tale direttiva, la quale consiste in un divieto di ingresso nel territorio degli Stati membri, per una durata determinata»<sup>101</sup>.

L'idea di base, come concordato al Consiglio europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004, è stata l'istituzione di un'efficace politica di espulsione e rimpatrio, basata su standard comuni, per riportare gli immigrati irregolari nei loro luoghi di origine, nel pieno rispetto della loro dignità e dei diritti umani<sup>102</sup>. Ma, forse, chi ha contribuito maggiormente alla definizione di tale politica è stata la CGUE, che ha sviluppato una giurisprudenza progressiva, migliorando gli standard di protezione<sup>103</sup>.

Ad ogni modo, scopo della direttiva rimpatri è quello di «stabilire norme e procedure comuni da applicare negli Stati membri per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi in una situazione irregolare, conformemente ai diritti fondamentali quali principi generali del diritto comunitario, nonché del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e dei diritti umani»<sup>104</sup>.

Come si può rilevare, la prima limitazione stabilita è legata al rispetto dei diritti umani riconducibile ai “principi generali del diritto comunitario” e al “diritto internazionale”. È logico che sia così, dato

<sup>100</sup> T. FAJARDO CASTILLO, *La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular*, in *Revista derecho com. eur.*, 2009, n. 33, p. 460.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> In un altro quadro istituzionale, nel 2005, il Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa avrebbe adottato venti linee guida sul rimpatrio forzato: Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 4 maggio 2005.

<sup>103</sup> F. IPPOLITO, *Conceptualising a Migrant's Rights-Based EuroMed Cooperation – Political, Legal and Judicial Rationale*, in F. IPPOLITO, S. TREVISANUT (eds.), *Migration in the Mediterranean – Mechanisms of International Cooperation*, op. cit., p. 34.

<sup>104</sup> V. sul punto le critiche al *nomen* della direttiva evidenziate da P. CERIANI CERNADAS, *La Directiva de retorno de la Unión Europea; apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2009, pp. 86-87.

che la CDFUE avrebbe acquisito successivamente uno *status* giuridico vincolante per effetto dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, nel dicembre 2009.

Oggi, invece, la direttiva deve essere interpretata conformemente alla CDFUE e non già ai “principi generali del diritto comunitario”, che sono più vaghi ed imprecisi.

Circa la situazione di irregolarità, come ho ripetuto in alcune occasioni, essa può essere determinata dall'ingresso in uno stesso Stato dell'UE senza rispettare i requisiti di cui all'art. 5 del Codice frontiere Schengen o perché si è cessato di rispettare le condizioni di uscita e si rimane irregolarmente nel territorio dell'UE.

Sul punto è stato fortemente criticato il fatto che la decisione di rimpatrio potesse essere una decisione “amministrativa”, la cui natura è espressamente determinata dall'art. 3, par. 4, quando stabilisce la definizione di “decisione di rimpatrio”, nel senso di una decisione o di un atto di natura amministrativa o giudiziaria che dichiara la situazione di un cittadino di un paese terzo irregolare e impone o dichiara l'obbligo di tornare.

Pertanto, l'art. 8 al par. 3 afferma che «gli Stati membri possono adottare separatamente una decisione o un atto di natura amministrativa o giudiziaria che ordina l'espulsione».

Questa anomalia nell'accettare le procedure amministrative è comunque supportata da un'efficace protezione giudiziaria<sup>105</sup>: l'art. 13 della direttiva, infatti, nel sottolineare le vie di ricorso, insiste sull'idea di concedere «al cittadino di paese terzo in questione l'effettivo diritto di presentare ricorso contro le decisioni in materia di rimpatrio o di richiederne la revisione in conformità con le disposizioni dell'articolo 12, paragrafo 1, dinanzi ad un organo giurisdizionale, un'autorità amministrativa o altro organo competente composto da membri imparziali e con garanzie di indipendenza». Al riguardo, la Corte di Strasburgo che si è mossa nella direzione di costruire un regime di immigrazione più solido<sup>106</sup>, ha previsto che un rimedio può

<sup>105</sup> Per un'analisi di questo problema cfr. I. REIG FABADO, *La Directiva de Retorno y la Tutela Judicial Efectiva*, in *Barataria – Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2015, n. 19, pp. 115-126.

<sup>106</sup> H. LAMBERT, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Servizio pubblicazioni del Consiglio d'Europa, Strasburgo, 2007.

essere efficace se è idoneo a prevenire l'esecuzione di una espulsione quando un diritto può essere violato in modo irreversibile<sup>107</sup>.

Un'altra questione da chiarire è che l'espulsione, in linea di principio, non è una sanzione penale o amministrativa ma la conseguenza di un soggiorno irregolare senza documenti<sup>108</sup>, tranne, ovviamente, che non sia "accessoria" ad una condanna emessa dalla Corte di giustizia.

Ad esempio la Spagna imponeva, in alternativa, una sanzione o l'espulsione. Ciò ha portato la Corte di giustizia dei Paesi Baschi a sottoporre un rinvio pregiudiziale alla CGUE, in relazione ad un caso in cui il governo aveva decretato l'espulsione e, dopo un ricorso giudiziario, l'immigrato irregolare aveva visto disposta dall'organo giudiziario la sostituzione dell'ordine di espulsione con una multa.

Nell'appello della *Subdelegación del Gobierno Central en la Provincia de Gipúzcoa* il *Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, ha deciso di sottoporre un rinvio pregiudiziale alla CGUE, la quale, nella sentenza del 23 aprile 2015, ha dichiarato che «la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, relativa a norme e procedure comuni negli Stati membri per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi in una situazione irregolare, in particolare i suoi articoli 6, paragrafo 1 e 8, paragrafo 1, in relazione al loro articolo 4, punti 2 e 3, devono essere interpretati nel senso che sono contrari alle norme di uno Stato membro, che in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale, in caso di situazione irregolare di cittadini di paesi terzi nel territorio di tale Stato, impone, a seconda delle circostanze, una multa o l'espulsione; entrambe le misure si escludono a vicenda»<sup>109</sup>.

Tuttavia, ci sono Stati membri dell'UE che hanno stabilito sanzioni penali in caso di inosservanza degli ordini di espulsione. È stato il caso dell'Italia, ove la violazione di un ordine di espulsione, portava ad una possibile pena detentiva.

<sup>107</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*, par. 79.

<sup>108</sup> Vedi a riguardo F. VELASCO CABALLERO, *Expulsión administrativa, devolución, retorno y otras salidas obligatorias*, in *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2003, n. 6, pp. 301-340.

<sup>109</sup> [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163877&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=-first&part=1&cid=295622#Footnote\\*](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163877&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=-first&part=1&cid=295622#Footnote*).

A tal riguardo nel noto caso *Hassen El Dridi*<sup>110</sup>, la CGUE ha ritenuto che una misura coercitiva per eseguire l'espulsione non possa essere di natura penale, come la privazione della libertà<sup>111</sup>, in quanto contraria all'obiettivo della direttiva<sup>112</sup>.

Sorprende, però, come tale direttiva sia cauta nel garantire solo cure sanitarie urgenti e trattamenti di base. Quale atteggiamento, dunque, dovrebbero adottare gli Stati se un immigrato irregolare dovesse avere una malattia cronica o di lunga durata o il suo trattamento non fosse di base?

La direttiva autorizza la detenzione di immigrati irregolari, in particolare (e, quindi, non solo), quando vi è il rischio di fuga o quando la preparazione del rimpatrio o il processo di espulsione sono evitati o ostacolati. Curiosamente, in questo ordine di cose, il trattenimento può essere ordinato dall'autorità amministrativa, sebbene, ai sensi dell'art. 15, co. 2° «quando il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative, gli Stati membri: a) prevedono un pronto riesame giudiziario della legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'inizio del trattenimento stesso, b) oppure accordano al cittadino di un paese terzo interessato il diritto di presentare ricorso per sottoporre ad un pronto riesame giudiziario la legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'avvio del relativo procedimento. In tal caso gli

<sup>110</sup> Corte di giustizia, sentenza del 28 aprile 2011, *El Dridi*, causa C-61/11 PPU. Tra gli altri, per un commento v. A. ROMANO, *Rimpatrio e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso El Dridi* ([Osservazione a] Corte Giustizia dell'UE, sent.28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, n. 2, pp. 1485-1490.

<sup>111</sup> Esistono sistemi giuridici degli Stati membri dell'UE che prevedono ancora sanzioni penali per coloro che non ottemperano agli ordini di espulsione, come il Regno Unito, la Germania o la Francia, sebbene i loro giudici stiano procedendo a chiedere l'intervento della CGUE mediante una pronuncia pregiudiziale. Vedi P. GONZÁLEZ SAQUEIRO, *La Directiva "retorno" y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros* (Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. *El Dridi* C-61/11), Working Paper IDEIR, 2011 n. 6, p. 11. (<https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-la%20directiva%20retorno.pdf>). Il caso della Spagna può essere approfondito in J.V. LORENZO JIMÉNEZ, *La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2009, n. 20, pp. 201-230.

<sup>112</sup> Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., par. 59.

Stati membri informano immediatamente il cittadino del paese terzo in merito alla possibilità di presentare tale ricorso».

Per quanto riguarda poi le condizioni di detenzione, esse sono previste all'art. 16<sup>113</sup>.

Invero la direttiva non dispone di una regolamentazione esaustiva sulla detenzione, il che ha sollevato molte critiche. Ad esempio, come affermato da Reig Fabado, «nella direttiva rimpatri manca il riferimento sia alle decisioni di rimpatrio che hanno carattere collettivo», sia «riguardo alla tutela dei diritti come il diritto al risarcimento in caso di detenzione illegale»<sup>114</sup>.

Quando, in circostanze eccezionali, il numero di immigrati irregolari va al di là della capacità dello Stato e delle strutture autorizzate a tale scopo, potrebbero le autorità governative prolungare le scadenze per il controllo giudiziario e adottare misure relative alle condizioni di detenzione, ad esempio stabilendo campi espressamente autorizzati o utilizzando altri edifici, anche se non erano nelle condizioni inizialmente previste?

L'art. 18 della direttiva, così prevede, a condizione che lo Stato non interpreti in modo tale da poter «derogare al loro obbligo generale di adottare tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi incombenti ai sensi della presente direttiva».

<sup>113</sup> Art. 16: «Uno Stato membro non possa ospitare il cittadino di un paese terzo interessato in un apposito centro di permanenza temporanea e debba sistemarlo in un istituto penitenziario, i cittadini di paesi terzi trattenuti sono tenuti separati dai detenuti ordinari. 2. I cittadini di paesi terzi trattenuti hanno la possibilità – su richiesta – di entrare in contatto, a tempo debito, con rappresentanti legali, familiari e autorità consolari competenti. 3. Particolare attenzione è prestata alla situazione delle persone vulnerabili. Sono assicurate le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie. 4. I pertinenti e competenti organismi ed organizzazioni nazionali, internazionali e non governative hanno la possibilità di accedere ai centri di permanenza temporanea di cui al paragrafo 1, nella misura in cui essi sono utilizzati per trattenere cittadini di paesi terzi in conformità del presente capo. Tali visite possono essere soggette ad autorizzazione. 5. I cittadini di paesi terzi trattenuti sono sistematicamente informati delle norme vigenti nel centro e dei loro diritti e obblighi. Tali informazioni riguardano anche il loro diritto, ai sensi della legislazione nazionale, di mettersi in contatto con gli organismi e le organizzazioni di cui al paragrafo 4».

<sup>114</sup> I. REIG FABADO, *La Directiva de Retorno y la Tutela Judicial Efectiva*, cit., p. 121.

Tuttavia, la Corte di giustizia non è permissiva rispetto alla presenza di stranieri irregolari nelle carceri, anche se separati dai prigionieri comuni<sup>115</sup>, pure se l'immigrato irregolare ha volontariamente prestato il suo consenso<sup>116</sup>.

La Corte di giustizia ha compiuto però dei progressi riconoscendo ad un immigrato irregolare affetto da una grave malattia il diritto di sospensione della misura di espulsione nazionale se la persona è esposta ad un grave rischio di deterioramento dello stato di salute<sup>117</sup>.

## 5. Conclusioni

A conclusione di questa disamina emerge che gli standard “minimi” dei diritti degli stranieri non sono ben definiti ma, in ogni caso, coincidono con il nucleo irriducibile dei diritti umani che, tra gli altri obblighi di legge, sono riconosciuti dall'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Siffatto nucleo di diritti può considerarsi coincidente con ciò che la CIG riconduceva a «considerazioni elementari d'umanità».

Di fatto, agli immigrati irregolari devono essere riconosciuti, in particolare, ad esempio, il diritto alla vita, il diritto a non essere torturati, a non essere sottoposti a schiavitù o servitù o alla non retroattività della legge in materia penale.

Nel quadro europeo, questi diritti “minimi” godono di standard di protezione più elevati. Ad esempio, le garanzie giudiziarie includono non solo l'*habeas corpus* o il diritto alla difesa, ma anche il diritto a ricevere informazioni in una lingua comprensibile, il diritto a non essere giudicato due volte per lo stesso reato (*ne bis in idem*), il diritto ad una decisione giudiziaria con garanzie adeguate, ecc.

<sup>115</sup> N. PÉREZ SOLA, *La Directiva de Retorno y la Involución en la Europa de los Derechos*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, 2008, n. 8, p. 9.

<sup>116</sup> È vero che le differenze di detenzione tra gli Stati membri erano abissali. Potrebbero passare da 30 giorni in Francia a 18 mesi a Malta, anche in assenza di un periodo massimo per Danimarca, Estonia, Finlandia, Lituania, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia. Vedi Corte di giustizia, sentenza del 17 giugno 2014, *Thi Ly Pham y StadtSchewinfurt*, causa C-474/13.

<sup>117</sup> Corte di giustizia, sentenza del 18 dicembre 2014, *Abdida*, causa C-562/13.



In tale contesto, gli stranieri, anche quelli irregolari, possono essere talora equiparati ai cittadini; ad esempio, i lavoratori migranti, indipendentemente dal loro *status* giuridico godono degli stessi diritti dei cittadini stessi. Infatti, le norme sul lavoro sono indipendenti dallo *status* giuridico del lavoratore compresi il diritto di associazione, la non discriminazione, la parità retributiva, ecc.

I diritti umani e le libertà pubbliche riconosciute dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo spettano ad ogni persona sottoposta alla giurisdizione di uno Stato laddove gli immigrati irregolari rientrano pienamente in questo quadro protettivo. Nel caso di clausole restrittive, perfettamente compatibili con la Convenzione (ordine pubblico, sicurezza pubblica, sicurezza nazionale, sanità pubblica, protezione di altri interessi legittimi) queste operano sotto la supervisione della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, di modo che il controllo europeo limita il margine nazionale di apprezzamento degli Stati.

Nell'ambito dei diritti inalienabili, è poi necessario prestare particolare attenzione al diritto alla dignità, che deve essere applicato anche nelle procedure di espulsione e alle condizioni di rimpatrio. In particolare il diritto di non respingimento è un diritto essenziale di ogni immigrato, anche se irregolare, come emerge dalla Carta dei diritti fondamentali e da altre norme di diritto derivato, nonché dalla giurisprudenza europea. Allo stesso modo, questo diritto deve essere rispettato nelle operazioni di salvataggio marittimo. In linea con la garanzia di quest'ultimo si collocano altresì il divieto di espulsione collettiva di immigrati irregolari e il diritto di ogni immigrato irregolare di essere ascoltato in tutte le procedure di espulsione individuali.

Per quanto riguarda i diritti sociali ed economici, pur non godendo gli immigrati irregolari di diritti parificati a quelli riconosciuti ai cittadini europei o agli immigrati regolari, vi sono alcuni diritti – come il diritto alla salute e, quindi, l'accesso ai sistemi di sanità pubblica – che devono essere riconosciuti a tutti gli esseri umani, indipendentemente dal loro *status* (regolare o irregolare).

È pur vero, però, che l'assenza di una regolamentazione uniforme a livello UE in materia di cure primarie, cure di emergenza, cure immediate, cure mediche essenziali, cure necessarie, cure mediche

urgenti, ecc. ostacola l'accesso degli immigrati irregolari alla salute<sup>118</sup>, e ancor più alla tutela della salute mentale. La stessa Corte EDU è stata poco sensibile a questi problemi e ha consentito l'espulsione di stranieri irregolari, considerando che la loro malattia non fosse abbastanza grave.

Quanto al diritto all'abitazione gli immigrati irregolari non ne sono titolari atteso che essi possono godere di un mero diritto ad un alloggio dignitoso, per tutti i membri dell'unità familiare, dotato dei servizi di base essenziali.

Infine con riferimento alle condizioni di detenzione, si deve tener conto del fatto che la violazione di un ordine di espulsione non può in ogni caso comportare una pena detentiva.

<sup>118</sup> Vedi nel quadro italiano F. SCUTO, *Immigrazione "irregolare" e diritti fondamentali*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e Diritti Fondamentali fra Costituzioni Nazionali, Unione Europea e Diritto Internazionale*, Milano, 2010, p. 589 ss.; ID., *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012.

*Abstract*IMMIGRAZIONE IRREGOLARE E DIRITTI UMANI:  
LA PROSPETTIVA DELLA CORTE EDU E DELLA CORTE UE

Gli Stati hanno il diritto di regolare la presenza degli stranieri nel loro territorio nel rispetto degli obblighi internazionali cui sono vincolati con particolare riferimento al quadro di riferimento europeo. La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea, nelle rispettive giurisprudenze, hanno stabilito alcuni limiti rispetto alla concessione di diritti *generici* e diritti *specifici*. L'obiettivo di questo articolo è la determinazione di questi diritti (sia generici che specifici) sulla base della giurisprudenza di entrambe le corti europee con riferimento agli stranieri irregolari.

IRREGULAR MIGRATION AND HUMAN RIGHTS:  
THE PERSPECTIVE OF THE ECHR COURT AND OF THE  
EU COURT

States have the right to regulate the presence of foreigners in their territory, provided that such regulation is not contrary to their international obligations, specifically within the European framework. The European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union have established in their jurisprudence some of the limits, granting *generic* rights and *specific* rights. The determination of these *generic* rights and the *specific* rights has been possible to detect them in the analysis of the jurisprudence of both European courts, related to foreigners in irregular situations is the object of this article.

# IL FALLIMENTO DELLA SOLIDARIETÀ NELLA GESTIONE DEI FLUSSI MIGRATORI: LA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI MEMBRI CON LA *COMPLICITÀ* DELLE ISTITUZIONI DELL'UNIONE?

*Michele Messina\**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il potere vincolante del principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra Stati membri. – 2.1. (segue) nei confronti delle istituzioni dell'Unione. – 2.2. (segue) e degli Stati membri. – 3. La procedura d'infrazione quale possibile rimedio alle resistenze degli Stati membri. – 4. Conclusioni.

## 1. *Introduzione*

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il Consiglio europeo di Tampere ha dato un impulso importante verso un'Unione di libertà, sicurezza e giustizia, che fosse aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati e capace di rispondere con la solidarietà ai bisogni umanitari. Accanto alla solidarietà tra Stati membri e individui, il Consiglio europeo di Tampere ha anche cercato di promuovere la solidarietà tra gli Stati membri come complementare alla prima. Infatti, proprio l'allora art. 63, par. 2, lett. b), del Trattato CE, dopo la riforma di Amsterdam, conteneva un riferimento alla «promozione di un equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono i rifugiati e gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi», che, sebbene non menzionasse espressamente la solidarietà tra Stati membri, rendeva il concetto chiaramente evincibile dalla sostanza della stessa disposizione<sup>1</sup>.

\* Professore associato di Diritto dell'Unione europea – Università degli Studi di Messina.

<sup>1</sup> Per un commento alla disposizione in oggetto, si veda, A. RIZZO, *Politica comunitaria in materia di visti, asilo e immigrazione. In generale*, in A. RIZZO, F.M. DI MAJO (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo, Alfredo Rizzo, Codice dell'Unione europea annotato con la giurisprudenza della Corte di giustizia*, III ed., Milano, 2008, pp. 296-298.

Bisogna attendere il Trattato di Lisbona per l'inserimento formale di tale declinazione del principio di solidarietà all'interno delle fonti primarie del diritto UE, con l'art. 67, par. 2, e l'art. 80 del TFUE<sup>2</sup>. Quest'ultima disposizione, in particolare, prevede espressamente il principio di solidarietà, a cui è stata accostata l'equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, evidentemente per specificare meglio il significato del principio in questione, aiutando così a definirne la sua natura e i suoi limiti. Il principio di cui all'art. 80 TFUE, però, non ha ricevuto un'efficace applicazione né da parte delle istituzioni UE, né da parte degli Stati membri. I flussi migratori di questi ultimi anni hanno evidenziato tutte le limitazioni inerenti al quadro giuridico ed alle modalità di applicazione della politica comune di asilo dell'Unione, mostrando delle importanti carenze strutturali con riguardo alla garanzia della solidarietà.

## 2. *Il potere vincolante del principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra Stati membri*

Il principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra Stati membri, previsto dall'art. 80 TFUE, costituisce un unico principio<sup>3</sup> orizzontale riguardante sia le fasi di elaborazione sia quel-

<sup>2</sup> L'art. 80 TFUE dispone che: «Le politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniquale volta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio».

<sup>3</sup> L'accostamento dell'equa ripartizione alla nozione di solidarietà, nell'art. 80 TFUE, specificherebbe meglio il significato del principio di solidarietà, aiutando a definirne la sua natura ed i suoi limiti, nell'ambito delle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione. Come si è già avuto modo di affermare altrove, quindi, in base a tali considerazioni, ci sembra opportuno aderire a quella corrente dottrinale che intende la solidarietà e l'equa ripartizione della responsabilità tra Stati membri come un unico principio applicabile alla materia. Si vedano, M. MESSINA, *Il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri nella politica d'immigrazione UE: La continua ricerca di una sua declinazione concreta*, in ID. (a cura di), *I valori fondanti dell'Unione europea a 60 anni dai trattati di Roma*, Napoli, 2017, pp. 127-152 (ivi a p. 130 si rinvia a M.I. PAPA, *Crisi dei rifugiati, principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra*

le di attuazione delle politiche UE relative ai controlli alle frontiere esterne, all'asilo e all'immigrazione<sup>4</sup>. La norma contenuta nell'art. 80 TFUE, per il suo carattere generale e flessibile, non appare dotata di effetti diretti, di conseguenza inidonea a creare in via diretta delle situazioni giuridiche soggettive in capo ai singoli, essendo necessari a tal fine degli interventi da parte delle istituzioni UE che ne diano specifica attuazione.

Proprio in base a quanto precede, è lo stesso art. 80 TFUE che oggi giustifica l'adozione da parte dell'Unione di misure di solidarietà e ripartizione della responsabilità che non avrebbero, in sua assenza, una precisa base giuridica nei trattati. A questo riguardo, però, occorre evidenziare che al momento nessun atto dell'Unione ha quale fondamento giuridico esclusivo l'art. 80 TFUE. Le istituzioni UE, infatti, hanno utilizzato quest'ultima disposizione come base giuridica congiunta, da accompagnare agli artt. 77-79 TFUE al fine di dare attuazione al principio di solidarietà in oggetto<sup>5</sup>.

Il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra Stati membri, di cui all'art. 80 TFUE<sup>6</sup>, è stato oggetto della recente giurisprudenza del giudice UE, in particolare nella sentenza *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*<sup>7</sup>, con cui la Corte di

*gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, n. 3, pp. 286-324, in part. 290) e a G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, pp. 365-405, in part. p. 373.

<sup>4</sup> Per un commento all'art. 80 TFUE, si vedano, A. LANG, *Commento all'art. 80 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, pp. 858-859; A. ADINOLFI, *Commento all'art. 80 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI, *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, II ed., Padova, 2014, pp. 497-499; L. MANCA, *Commento all'art. 80 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO, *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, pp. 870-871.

<sup>5</sup> M.I. PAPA, *Crisi dei rifugiati, principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 295.

<sup>6</sup> Su tale principio, si veda, C. FAVILLI, *L'Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell'«emergenza» immigrazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, n. 3, pp. 785-788.

<sup>7</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 6 settembre 2017, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631.

giustizia ha confermato la validità del meccanismo vincolante di ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale adottato dal Consiglio nel 2015<sup>8</sup>. La pronuncia del giudice dell'Unione, tuttavia, ha solo in parte chiarito, e non sorprendentemente, il significato del principio di cui all'art. 80 TFUE. La sentenza in oggetto, infatti, ci consegna un principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra Stati membri in chiaro scuro, in quanto, sebbene la Corte, da una parte, ha affermato che, nell'adottare la decisione impugnata, il Consiglio era effettivamente tenuto a dare attuazione al principio di solidarietà, imponendo così un obbligo positivo di adottare date misure nel caso di una situazione di emergenza<sup>9</sup>; dall'altra, non è riuscita a delineare in maniera del tutto convincente la natura e gli obblighi che dal principio in oggetto derivano per le istituzioni dell'Unione e soprattutto per gli Stati membri.

### 2.1. (segue) nei confronti delle istituzioni dell'Unione

Il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità ha carattere vincolante nei confronti delle istituzioni dell'UE, non persuadendoci, al riguardo, la posizione di coloro che ritengono il principio in oggetto come avente natura facoltativa<sup>10</sup>, in quanto la sua attuazione sarebbe richiesta solo «ogniqualevolta necessario». È condivisibile invece, come si vedrà oltre, che quest'ultima espressione, presente nella seconda frase dell'art. 80 TFUE, sembri riconoscere piuttosto un certo grado di discrezionalità alle istituzioni UE, e in particolare al Consiglio, ai fini dell'applicazione del principio

<sup>8</sup> Si tratta della decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio, *che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia*, del 14 settembre 2015, in GUUE L 239 del 15 settembre 2015, p. 143; e, soprattutto, del meccanismo vincolante previsto dalla decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, *che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia*, del 22 settembre 2015, in GUUE L 248 del 24 settembre 2015, p. 80.

<sup>9</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cit., punto 252.

<sup>10</sup> C. DI STASIO, *La crisi del "Sistema Europeo Comune di Asilo" (SECA) fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità del principio di solidarietà*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, n. 2, pp. 209-248, in part. p. 239.

in questione. Discrezionalità che si manifesta con l'adozione di misure appropriate contenute in atti dell'Unione, al ricorrere di determinate circostanze e allorquando l'attuazione delle politiche UE di cui al Capo 2 del Titolo V del TFUE lo richiede. Infatti, com'è stato, a nostro avviso, correttamente osservato, l'azione solidaristica delle istituzioni UE contenuta in tali «misure appropriate» adottate «ogniqualevolta necessario», ai sensi della seconda frase dell'art. 80 TFUE, costituirebbe un'applicazione pratica del principio di sussidiarietà, di cui all'art. 5, par. 3, TUE, essendo le competenze dell'UE nella materia in oggetto di natura concorrente<sup>11</sup>.

Come evidenziato da parte della dottrina<sup>12</sup>, quindi, non sembra potersi escludere che le istituzioni UE, nell'adottare le misure appropriate ai fini dell'applicazione del principio in oggetto, godano di quel margine di discrezionalità tipico degli atti che implicano valutazioni complesse e scelte di natura politica<sup>13</sup>. Infatti, come previsto dalla seconda frase dello stesso art. 80 TFUE, tali provvedimenti sarebbero adottati solo «ogniqualevolta necessario». Il riconoscimento di tale potere discrezionale in capo alle istituzioni UE comporterebbe che solo il carattere manifestamente inappropriato delle misure adottate possa provocarne la loro illegittimità, rendendo allo stesso tempo vano anche qualsiasi tentativo di azione in carenza contro l'inerzia delle istituzioni UE competenti ad adottare atti di applicazione del principio di solidarietà in parola.

<sup>11</sup> G. MORGESE, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018, p. 88; nonché, E. TSOURDI, *Solidarity at work? The prevalence of emergency-driven solidarity in the administrative governance of the Common European Asylum System*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, 2017, pp. 667-686, in part. p. 675.

<sup>12</sup> In particolare, G. MORGESE, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, cit., p. 87 ss.

<sup>13</sup> Il margine di discrezionalità in parola delle istituzioni dell'Unione tenderebbe a valutare il carattere necessario dell'azione dell'Unione in considerazione sia dell'insufficienza statale sia del valore aggiunto apportato dal livello sovranazionale, tale da giustificare quest'ultimo intervento in base al principio di sussidiarietà. Si veda, G. MORGESE, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 89. Inoltre, come si avrà modo di evidenziare, le misure appropriate adottate ogniqualvolta necessario saranno adottate in particolare in situazioni emergenziali e temporanee, ad ulteriore testimonianza, quindi, della rilevanza a tal uopo del principio di sussidiarietà.



Dalla pronuncia della Corte di giustizia del 2017, con cui è stata confermata la validità delle decisioni di ricollocazione del 2015, è piuttosto evidente come il giudice dell'Unione abbia inteso condurre uno scrutinio pressoché limitato, facendo ricorso ai canoni più tradizionali della rilevante giurisprudenza di annullamento basata sulla natura discrezionale delle decisioni adottate dalle istituzioni dell'Unione e la conseguente natura "debole" dello scrutinio del giudice dell'UE<sup>14</sup>, rinunciando invece a puntare su elementi per così dire più innovativi, quali la piena valorizzazione del principio di solidarietà di cui all'art. 80 TFUE<sup>15</sup>. Com'è facilmente comprensibile, una tale scelta è stata evidentemente dettata dal fatto che la sentenza in oggetto presentava dei profili non solo giuridici ma anche e soprattutto politici, in funzione del fatto che la decisione impugnata rappresenti ancor oggi una delle poche applicazioni del principio di solidarietà con riguardo a misure aventi carattere temporaneo ed emergenziale.

L'auspicio è che la solidarietà possa ricevere ben presto un adeguato riconoscimento per quanto riguarda l'azione delle istituzioni dell'Unione. In particolare, in ossequio alla prima frase dell'art. 80 TFUE, l'intera azione delle istituzioni UE, nell'ambito delle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione, deve necessariamente essere «governata» in maniera sistematica dal princi-

<sup>14</sup> È stato evidenziato che la Corte di giustizia, in tale circostanza, abbia applicato uno standard di controllo tipico del giudizio sulla proporzionalità degli atti normativi. Infatti, ai fini del riconoscimento della legittimità della misura in oggetto è risultato decisivo il riconoscimento della sua natura politica e della complessità delle valutazioni svolte dal Consiglio «da effettuarsi, per giunta, entro termini brevi al fine di rispondere in maniera rapida e concreta ad una "situazione di emergenza"». Si veda, Corte di giustizia, Grande Sezione, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cit., punto 208; nonché, S. PENASA, *La relocation delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e ... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* online, 2017, n. 3, pp. 735-741, in part. p. 739. Sull'applicazione del test di proporzionalità alla causa in oggetto, si veda, E. KÜÇÜK, *The Principle of Solidarity and Fairness in Sharing Responsibility: More than Window Dressing?*, in *European Law Journal*, 2016, vol. 22, pp. 448-469, in part. p. 467.

<sup>15</sup> Si veda, *ex multis*, A. CIRCOLO, *Il principio di solidarietà tra impegno volontario e obbligo giuridico. La pronuncia della Corte di giustizia nel caso Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* online, 2018, n. 1, pp. 165-178, in part. p. 176.

pio di solidarietà<sup>16</sup>; non limitandosi, quindi, al rispetto del principio in oggetto nei soli casi di adozione di provvedimenti temporanei ed emergenziali *ex art. 78, par. 3, TFUE*, che, proprio perché dettati da tali esigenze, riconoscono alle istituzioni dell'Unione un livello elevato di discrezionalità – evincibile, come si è visto, anche dalla seconda frase dell'art. 80 TFUE – con conseguente sindacato “debole” della Corte di giustizia dell'Unione.

## 2.2. (*segue*) e degli Stati membri

Gli Stati membri, secondo quanto si può evincere dalla lettera dell'art. 80 TFUE, dovrebbero rispettare il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra Stati membri esclusivamente nell'attuazione delle politiche dell'Unione in materia di controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione, ossia per dare attuazione alle norme di diritto derivato adottate dalle istituzioni dell'Unione e contenenti misure appropriate per l'applicazione del principio in questione. Il principio di solidarietà per gli Stati membri, nello specifico ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sembrerebbe operare solo in via indiretta, in quanto legato all'obbligo generale, loro incumbente, di dare attuazione agli atti di diritto derivato, che incorporano il rispetto del principio in oggetto, adottati dalle istituzioni dell'Unione. Tutto ciò comporta la conseguente assenza di alcun obbligo diretto per gli Stati membri per quanto concerne il rispetto del principio di cui all'art. 80 TFUE. Essi saranno così obbligati a rispettare il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità solo nella misura in cui le istituzioni dell'Unione siano precedentemente intervenute adottando misure appropriate ai fini dell'applicazione del principio in parola. Secondo una tale plausibile interpretazione, l'art. 80 TFUE in sé considerato non imporrebbe agli Stati membri alcuno specifico obbligo diretto di rispetto del principio di solidarietà. Essi, infatti, dovrebbero procedere solo

<sup>16</sup> Il principio di solidarietà di cui all'art. 80 TFUE è stato ritenuto avere carattere “strutturale” per la politica UE in materia di asilo, necessario caposaldo di una cooperazione di qualità tra i differenti attori coinvolti che produce degli effetti sugli obiettivi stessi della politica in oggetto. Si veda, E. TSOURDI, *Solidarity at work?*, cit., pp. 667-686.

all'eventuale corretta attuazione di quegli atti di diritto derivato che le istituzioni UE avessero deciso di adottare in senso solidaristico. Com'è evidente, tale obbligo per gli Stati membri discenderebbe così, più che dall'art. 80 TFUE, dal principio di leale cooperazione, di cui all'art. 4, par. 3, TUE<sup>17</sup>.

L'auspicio è che la solidarietà possa ricevere ben presto un adeguato riconoscimento anche per quanto riguarda l'azione degli Stati membri. I tre ricorsi per inadempimento, *ex art. 258 TFUE*, contro Repubblica ceca, Ungheria e Repubblica di Polonia<sup>18</sup>, presentati dalla Commissione al fine di ottenere l'accertamento della violazione delle decisioni di ricollocazione del 2015, possono rappresentare per il giudice dell'Unione un'occasione di ulteriore approfondimento dell'obbligo del rispetto del principio di solidarietà. Ci si augura, a tal riguardo, che la Corte, in tali cause, possa evidenziare non tanto la violazione indubbiamente pacifica, da parte degli Stati membri coinvolti, delle decisioni di ricollocazione oggetto specifico dell'inadempimento e conseguentemente del principio di leale cooperazione, quanto la violazione, da parte degli stessi, proprio dell'art. 80 TFUE. In attesa della pronuncia della Corte, l'Avvocato Generale Sharpston, nelle sue conclusioni alla presente causa, sebbene non si sia pronunciata nel senso dell'auspicata violazione dell'art. 80 TFUE da parte degli Stati membri, ha comunque evidenziato che i procedimenti di infrazione in oggetto sollevano questioni fondamentali concernenti i parametri stessi dell'ordinamento giuridico dell'Unione e i doveri che incombono sugli Stati membri, sottolineando tre importanti aspetti di tale ordinamento giuridico, ossia lo Stato di diritto, il dovere di leale cooperazione e il principio di solidarietà<sup>19</sup>. Con riguardo a quest'ultimo principio, poi, lo stesso Avvocato Generale Sharpston, dopo aver dato breve conto delle origini risalenti alla Dichiarazione

<sup>17</sup> G. MORGESE, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, cit., pp. 104-105.

<sup>18</sup> Si tratta dei ricorsi ancora pendenti proposti tra il 21 e il 22 dicembre 2017 e riguardanti la causa C-715/17, *Commissione c. Repubblica di Polonia*, causa C-718/17, *Commissione c. Ungheria*, e la causa C-719/17, *Commissione c. Repubblica ceca*.

<sup>19</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale E. SHARPSTON, presentate il 31 ottobre 2019, nella causa C-715/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione c. Repubblica di Polonia*, *Commissione c. Ungheria* e *Commissione c. Repubblica ceca*, ECLI:EU:C:2019:917, par. 238.

Schuman del 1950, ha avuto modo di affermare che la solidarietà costituisce «la linfa vitale del progetto europeo»<sup>20</sup>.

Ai fini della nascita di un obbligo al rispetto del principio di cui all'art. 80 TFUE in capo agli Stati membri, non immediatamente evincibile, come si è visto, dalla disposizione in parola, il giudice dell'UE, però, dovrebbe compiere un ulteriore passo essenziale, innovativo e coraggioso, tendente alla “valorizzazione” del principio di solidarietà. Questo potrebbe compiersi solo concependo l'art. 80 TFUE come concretizzazione o declinazione della solidarietà di cui all'art. 2 TUE. Quest'ultima disposizione, infatti, è indubbiamente più idonea a creare obblighi per gli Stati membri rispetto all'art. 80 TFUE. A tal fine, peraltro, non costituirebbe una *deminutio* neanche il fatto che la solidarietà sia sorprendentemente assente dall'elenco dei valori fondanti dell'Unione previsti dalla prima frase dell'art. 2 TUE, essendo, invece, compresa solo nella seconda frase dello stesso articolo, tra gli attributi o elementi caratterizzanti la società europea fondata sui valori comuni agli Stati membri. A questo riguardo, è senz'altro condivisibile la tesi secondo cui l'assenza del principio di solidarietà dai valori fondanti elencati nella prima frase dell'art. 2 TUE costituisca una lacuna ideologica fortemente voluta da alcuni Stati membri, soprattutto per evitare che possibili violazioni del principio in parola potessero essere fatte oggetto delle procedure di cui all'art. 7 TUE<sup>21</sup>. Tali scelte, però, non possono far ignorare che la solidarietà, come ci ha rammentato l'Avvocato Generale Bot, nelle sue conclusioni alla ricordata causa sulla validità delle decisioni di ricollocazione del 2015, risulta comunque menzionata nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE quale parte dei «valori indivisibili e universali» sui quali si fonda l'Unione<sup>22</sup>, sebbene, il fatto che alla solidarietà sia

<sup>20</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale E. SHARPSTON, *Commissione c. Repubblica di Polonia, Commissione c. Ungheria e Commissione c. Repubblica ceca*, cit., par. 253.

<sup>21</sup> Sulle conseguenze della mancata inclusione della solidarietà nell'elenco dei valori fondanti dell'UE di cui all'art. 2 TUE, si vedano, U. VILLANI, *Editoriale: Immigrazione e principio di solidarietà*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 3, pp. 1-4, in part. p. 4 e A. CIRCOLO, *Il principio di solidarietà tra impegno volontario e obbligo giuridico*, cit., p. 177.

<sup>22</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Y. BOT, presentate il 26 luglio 2017, nelle cause riunite C-643/15 e C-647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2017:618, par. 19.

stata attribuita una portata forse eccessivamente variabile in funzione dello specifico contesto applicativo ha creato non pochi problemi pratici, soprattutto dal punto di vista della sua applicazione.

3. *La procedura d'infrazione quale possibile rimedio alle resistenze degli Stati membri*

Nonostante la portata del principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra Stati membri possa sembrare ridimensionata dopo la timida, ma quanto mai opportuna, pronuncia della Corte del 2017, non si può in alcun modo ignorare il fatto che il principio in oggetto sia comunque chiamato a «governare» le politiche dell'UE in materia di controlli alle frontiere, asilo e immigrazione. Un tale obiettivo può essere raggiunto però solo se le istituzioni UE e gli Stati membri considereranno la solidarietà come uno dei valori principali dell'Unione, sottolineando, come evidenziato dall'Avvocato Generale Bot, il suo ruolo quale valore di base ed esistenziale dell'Unione, riguardante la «quintessenza di quello che costituisce al contempo la ragion d'essere e la finalità del progetto europeo»<sup>23</sup>. In particolare, le istituzioni UE, da una parte, devono rispettare, come si è visto, l'obbligo «sistematico» di cui alla prima frase dell'art. 80 TFUE, facendo sì che le politiche dell'Unione in materia e la loro attuazione siano efficacemente «governate» dal principio di solidarietà, mentre gli Stati membri, dall'altra, devono prendere piena coscienza della necessità del rispetto del principio di cui all'art. 80 TFUE. Una tale coscienza, però, potrà essere raggiunta solo considerando lo stesso principio in oggetto quale specifica declinazione e concretizzazione della solidarietà di cui all'art. 2 TUE, che ne costituirebbe la base generale. L'obbligo del rispetto del principio di solidarietà da parte degli Stati, infatti, risulterebbe particolarmente rafforzato dal collegamento tra l'art. 80 TFUE e l'art. 2 TUE, visto che gli Stati membri sono indubbiamente vincolati al rispetto dei valori ivi previsti, anche in situazioni in cui non agiscano in attuazione

<sup>23</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Y. BOT, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cit., par. 17.

del diritto UE<sup>24</sup>. A questo riguardo, lo strumento più idoneo a garantire il rispetto del principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità, anche nell'ipotesi in cui lo si concepisca come una declinazione o diretta concretizzazione della solidarietà di cui all'art. 2 TUE, rimarrebbe pur sempre la procedura d'infrazione e l'eventuale ricorso per inadempimento, in considerazione soprattutto degli insuccessi della procedura politica ex art. 7 TUE, in particolare alla luce dell'esperienza più recente concernente la tutela del valore dello Stato di diritto in Polonia<sup>25</sup>. Infatti, in tale circostanza, la Commissione si è vista costretta a cercare al di fuori della procedura di cui all'art. 7 TUE gli strumenti per rimediare alle deficienze strutturali emerse in alcuni Stati membri riguardo al rispetto dei valori fondanti. La procedura d'infrazione risulterebbe così l'unico strumento in grado di offrire una maggiore effettività alla tutela dei valori, estendendo quindi la portata della procedura in questione anche a casi che

<sup>24</sup> È stato evidenziato che il campo di applicazione dei valori non conosce le stesse restrizioni cui è sottoposta l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, infatti, i valori si impongono agli Stati membri per il sol fatto della loro appartenenza all'Unione. Si veda, R. BARATTA, *Droits fondamentaux et "valeurs" dans le processus d'intégration européenne*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, n. 2, pp. 289-308, in part. p. 295; nonché, sull'applicazione della Carta, Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, punto 21, in cui il giudice dell'UE ha interpretato l'art. 51, par. 1, della Carta, allorquando afferma che gli Stati membri sono obbligati a rispettare le disposizioni della Carta «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», nel senso che i diritti fondamentali della Carta devono essere rispettati «quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione».

<sup>25</sup> Si veda, a tal riguardo, Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 24 giugno 2019, *Commissione c. Polonia*, causa C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531. In tale occasione, la Corte ha affermato il legame tra l'art. 19, par. 1, co. 2 TUE e l'art. 2 TUE, permettendo così alla Commissione di adire la stessa Corte ai sensi dell'art. 258 TFUE ai fini di ottenere un controllo sul rispetto dello Stato di diritto, in particolare del suo sub-principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, senza che si rendesse necessario invocare l'art. 47 della Carta, e quindi prescindendo dal fatto che la normativa nazionale oggetto della presunta infrazione rientrasse o meno nell'ambito di applicazione del diritto UE. Si veda, a tal riguardo, E. CIMADOR, *La Corte di giustizia conferma il potenziale della procedura d'infrazione ai fini di tutela della Rule of law. Brevi riflessioni a margine della sentenza Commissione/Polonia (organizzazione tribunali ordinari)*, in *Eurojus*, 2020, n. 1, pp. 60-81, in part. p. 69.

non ricadano strettamente nella sfera di attuazione del diritto UE<sup>26</sup>. Alla stregua di quanto accaduto nel caso della Polonia, per quanto concerne il rispetto del valore fondante dello Stato di diritto, mediante il riconoscimento dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE, quale diretta concretizzazione dell'art. 2 TUE, allo stesso modo, *mutatis mutandis*, il riconoscimento dell'art. 80 TFUE quale specifica declinazione o diretta concretizzazione dell'art. 2 TUE potrebbe comportare un'applicazione più efficace del principio di solidarietà e un conseguente obbligo più incisivo nei confronti degli Stati membri anche nei casi in cui la normativa nazionale non rientrasse nell'ambito di applicazione del diritto UE.

Ad ulteriore suffragio di tale tesi, si ritiene che il trattamento riservato al principio di solidarietà non possa essere differente rispetto a quello riguardante i valori fondanti in senso stretto, infatti, la solidarietà costituisce pur sempre un attributo o elemento caratterizzante la società europea, ai sensi della seconda frase dell'art. 2 TUE. Ragion per cui, alla stregua di ciò che accade per le violazioni dei valori comuni, le violazioni della solidarietà rischiano di pregiudicare i principi su cui si fonda l'UE e quel fondamentale principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri su cui si basa l'ordinamento UE e

<sup>26</sup> M. ARANCI, *La procedura d'infrazione come strumento di tutela dei valori fondamentali dell'Unione europea. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nella causa Commissione/Polonia*, in *Eurojus*, 2019, n. 3, pp. 49-63, in part. p. 663. A questo riguardo, occorre evidenziare anche la risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 *sulle evoluzioni e gli adeguamenti possibili dell'attuale struttura istituzionale dell'Unione europea* (2014/2248/INI), punto 43, in cui «si propone la modifica dell'art. 258 TFUE al fine di consentire esplicitamente alla Commissione di adottare “procedimenti di infrazione sistematici” nei confronti degli Stati membri che violano i valori fondamentali». Delle difficoltà sull'estensione della portata della procedura d'infrazione al di là dei casi di inadempimento al diritto dell'Unione in senso proprio, «non potendo di per sé la natura “sistemica” della violazione dei valori dell'Unione giustificare un inquadramento della fattispecie tra gli obblighi imposti agli Stati membri dal diritto dell'UE, unici per i quali la procedura di infrazione può essere attivata», sono state avanzate da R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALLIN, R. VIRZO, *Dialoghi con Ugo Villani*, Tomo I, Bari, 2017, pp. 605-612, in part. p. 611.

che consente la creazione e il mantenimento di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne<sup>27</sup>.

#### 4. Conclusioni

Se, da una parte, sembra che la solidarietà debba «governare» in maniera “sistematica” le politiche dell’Unione, nonché la loro attuazione, in materia di controlli alle frontiere, asilo e immigrazione, riconducendo l’espressione «ogni qualvolta necessario» alle sole situazioni in cui si renda opportuna l’adozione di misure emergenziali e temporanee che incorporino il principio in questione, dall’altra, non può trascurarsi che la stessa solidarietà sia anche un elemento caratterizzante quella società europea costituita da Stati membri che condividono tra loro quei valori comuni di cui alla prima frase dell’art. 2 TUE. Questi stessi Stati membri, infatti, dovrebbero considerare la solidarietà, alla stregua di quanto affermato dall’Avvocato Generale Bot, ponendo l’accento sulla solidarietà quale valore di base ed esistenziale dell’Unione, impegnandosi così a rispettarla anche all’interno del proprio ordinamento giuridico, e quindi, indipendentemente dall’attuazione del diritto dell’UE. Molto probabilmente, nei tre ricorsi per inadempimento ancora pendenti, concernenti la violazione delle decisioni di ricollocazione, la Corte, ancora una volta, come in parte evincibile dalle conclusioni dell’Avvocato Generale Sharpston, non adotterà un approccio così coraggioso come quello descritto nel presente scritto, evidentemente perché non ve n’è la necessità, trattandosi di tre casi chiari ed ineccepibili di inadempimento ad atti di diritto derivato dell’UE<sup>28</sup>. A meno dei tanto auspicati, quanto piuttosto improbabili, slanci innovativi da parte della Corte in tali cause, bi-

<sup>27</sup> P. MORI, *L’uso della procedura d’infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *DUE*, 2018, n. 2, pp. 363-376, in part. p. 364.

<sup>28</sup> Peraltro, la Corte di giustizia, già nella sentenza di conferma della validità delle due decisioni di ricollocazione del 2015, aveva evidenziato che l’inefficacia delle misure in oggetto era da ricondursi a diversi elementi tra cui l’atteggiamento passivo di alcuni Stati membri, che si concretizzava nella loro mancanza di cooperazione. Si vedano, le cause riunite C-643/15 e C-647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cit., punto 223.



sognerà evidentemente attendere degli ulteriori casi futuri per poter immaginare un diverso approccio da parte del giudice dell'Unione, casi concernenti magari la compatibilità di talune normative nazionali con il principio/valore della solidarietà<sup>29</sup>. Il giudice dell'Unione potrà compiere tale slancio solo se prenderà coscienza del più ampio percorso, che ha già iniziato a tracciare, tendente all'affermazione della centralità dei valori fondanti dell'UE e della necessità del loro rispetto da parte degli Stati membri, anche indipendentemente dalla rilevanza dell'attuazione del diritto dell'Unione. È necessario che si prenda coscienza del fatto che il principio di solidarietà ha una valenza che si estende all'intero raggio di azione dell'Unione, evocando le stesse origini del processo di integrazione europea, a partire da quella solidarietà che propugnava già la Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950<sup>30</sup>. In assenza di tale slancio da parte delle istituzioni dell'Unione, la Commissione e la Corte di giustizia, *in primis*, non potranno non essere considerate complici del mancato rispetto del principio di solidarietà da parte degli Stati membri.

<sup>29</sup> A questo riguardo, anche considerando la solidarietà alla stregua di un valore fondante, il sindacato della Corte su di essa non sarebbe escluso nella misura in cui i valori fondanti di cui all'art. 2 TUE corrispondono ai principi generali del diritto UE di cui la stessa Corte garantisce l'osservanza. Si veda, U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, p. 37.

<sup>30</sup> U. VILLANI, *Immigrazione e principio di solidarietà*, cit., p. 4.

*Abstract*IL FALLIMENTO DELLA SOLIDARIETÀ NELLA GESTIONE DEI FLUSSI MIGRATORI: LA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI MEMBRI CON LA *COMPLICITÀ* DELLE ISTITUZIONI DELL'UNIONE?

Il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra Stati membri, di cui all'art. 80 TFUE, è stato oggetto della recente giurisprudenza del giudice UE con cui la Corte di giustizia ha confermato la validità del meccanismo temporaneo vincolante di ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale. La sentenza in oggetto, tuttavia, ci consegna un principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra Stati membri in chiaro scuro, in quanto non riesce a delineare in maniera del tutto convincente la sua natura e gli obblighi che da esso derivano per le istituzioni dell'Unione e soprattutto per gli Stati membri. A questo riguardo, il presente contributo intende evidenziare talune interpretazioni dell'art. 80 TFUE tendenti alla valorizzazione del principio di solidarietà per quanto riguarda l'azione delle istituzioni UE ma anche quella degli Stati membri.

THE FAILURE OF SOLIDARITY IN THE MANAGEMENT OF MIGRATION: MEMBER STATES' RESPONSIBILITY WITH THE *COMPLICITY* OF THE EU INSTITUTIONS

The principle of solidarity and fair sharing of responsibility between Member States, provided in Art. 80 TFEU, has been the object, though indirectly, of a recent judgment from the ECJ whereby the EU judge has confirmed the validity of the compulsory temporary mechanism of relocation of international protection applicants. The judgment at stake delivered us with a bittersweet approach to the principle of solidarity and fair sharing of responsibility between Member States, as it does not manage to determine convincingly neither the nature of the principle nor the obligations deriving from it

for the EU institutions and most importantly for Member States. The present article intends to highlight some interpretations of the principle provided in Art. 80 TFEU aimed at valuing it with regard to the actions of the EU institutions but also those of EU Member States.

# LO STATUS GIURIDICO DEL LUNGO SOGGIORNANTE: I LIMITI DELLA DIRETTIVA 2003/109/CE

*Anna Pitrone\**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo *status* di soggiornante di lungo periodo. – 3. La difficile mobilità fra Stati membri dei soggiornanti di lungo periodo. – 4. Il rischio di concorrenza con permessi di soggiorno nazionali. – 5. Conclusioni.

## 1. *Introduzione*

Il Consiglio europeo di Tampere, nel sottolineare la necessità di ravvicinare lo *status* giuridico dei cittadini dei paesi terzi a quello dei cittadini degli Stati membri, garantendo una serie di diritti uniformi alle persone legalmente soggiornanti in uno Stato membro per un determinato periodo di tempo, ha di fatto “preconizzato”<sup>1</sup> lo *status* di residente di lungo periodo, introdotto e disciplinato dalla direttiva 2003/109/CE<sup>2</sup>.

\* Professore associato di Diritto dell’Unione europea – Università degli Studi di Messina.

<sup>1</sup> A. DI STASI, *La “sfida” dell’integrazione dei soggiornanti di lungo periodo nella giurisprudenza della Corte di giustizia ed in quella delle corti italiane*, in L. PANELLA (a cura di), *Le sfide dell’Unione europea a 60 anni dalla Conferenza di Messina*, Napoli, 2016, p. 291.

<sup>2</sup> 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 L 16, del 23 gennaio 2004, p. 44 ss. Vedi, fra gli altri, D. ACOSTA ARCAZARO, *The Long Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship. An Analysis of Directive 2003/109*, Leiden-Boston, 2011. Cfr., inoltre, ID., *Civic Citizenship Reintroduced? The Long-Term Residence Directive as a Post-National Form of Membership*, in *European Law Journal*, 2015, n. 2, p. 200 ss.; A. DI STASI, R. PALLADINO, *La perdurante frammentarietà dello “statuto” europeo del soggiornante di lungo periodo tra integrazione dei mercati ed integrazione politico-sociale*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2012, p. 375 ss.; J. HANDOLL, *Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third country nationals who are long term resident*, in K. HAILBRONNER (ed.), *EU immigration and Asylum Law*, München-Oxford-Baden-Baden, 2010, p. 589 ss.; K. GROENENDIJK, *The Long-Term Resident Directive, Denizenship and Integration*, in A. BALDACCINI, E. GUILD, H. TONER (eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU*

La relazione che accompagna la proposta originaria della Commissione del 2001<sup>3</sup> richiama, infatti, le conclusioni del Consiglio europeo dell'ottobre 1999, nonché la Carta dei diritti fondamentali, che nel frattempo era stata proclamata a Nizza. In particolare, si richiama l'universalità dei principali diritti in essa sanciti e la possibilità, prevista all'art. 45 della stessa, di estendere la libertà di circolazione e soggiorno ai cittadini di paesi terzi residenti legalmente nel territorio di uno Stato membro.

Il recepimento e l'applicazione della direttiva 2003/109/CE, adottata peraltro dopo lunghe e difficili trattative, non è stato tuttavia semplice<sup>4</sup>, come testimoniano le numerose procedure di infrazione avviate dalla Commissione nei confronti degli Stati membri che non hanno recepito la direttiva nei tempi previsti<sup>5</sup>, e come dimostrano i

*Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford-Portland, 2007; L. MANCA, *Lo status dei cittadini di Paesi terzi residenti di lungo periodo nell'Europa allargata: problemi e prospettive*, in M.R. SAULLE, L. MANCA (a cura di), *L'integrazione dei cittadini di Paesi terzi nell'Europa allargata*, Napoli, 2006, p. 27 ss.; A. DI STASI, *Verso uno "statuto" euro-nazionale del cd. immigrato di lungo periodo*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti del XII Convegno SIDI, Napoli, 2005, p. 451 ss.; S. BOELAERT-SUOMINEN, *Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the status of third-country nationals who are long-term residents: five paces forward and possibly three paces back*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1011 ss.; S. CARRERA, *"Integration" as a Process of Inclusion for Migrants? The Case of Long-Term Residents in the EU*, in *CEPS Working Document*, marzo 2005, p. 219 ss.; L. HALLESKOV, *The Long-Term Residents Directive: A Fulfilment of the Tampere Objective of Near-Equality?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 181 ss.; J. HANDOLL, *The Long-term Resident Directive*, in J.Y. CARLIER, P. DE BRUYCKER (under the supervision of), *Immigration and Asylum Law of the EU: Current Debates*, Bruxelles, 2005, p. 144 ss.; S. PEERS, *Implementing equality? The Directive on long-term resident third-country nationals*, in *European Law Review*, 2004, p. 437 ss.

<sup>3</sup> Proposta di direttiva del Consiglio, *relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano residenti di lungo periodo*, del 13 marzo 2001, COM (2001) 127 def., in GUUE C 240 del 28 agosto 2001, pp. 79-87. Si veda T. KOSTAKOPOULOU, *Long-term resident third country nationals in the European Union: normative expectations and institutional openings*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2001, p. 443 ss.

<sup>4</sup> P. DE PASQUALE, *Il trattamento degli "stranieri lungo soggiornanti" fra libera circolazione e profili economici della parità di trattamento*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 33.

<sup>5</sup> L'Italia ha recepito la direttiva con notevole ritardo con il Decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3, *Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo*, in GU n. 24 del 30 gennaio 2007.

risultati emersi dalla I Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva, adottata nel settembre 2011<sup>6</sup>.

A colmare talune lacune è spesso intervenuta la Corte di giustizia, imprimendo un significativo impulso all'effettivo ravvicinamento, almeno in alcuni settori, dello *status* di soggiornante di lungo periodo a quello del cittadino europeo.

Così, la II Relazione della Commissione, adottata il 29 marzo 2019<sup>7</sup>, ha messo in luce come, in seguito ai numerosi procedimenti di infrazione avviati dalla Commissione e alle sentenze della Corte di giustizia, lo stato di attuazione della direttiva sui soggiornanti di lungo periodo sia migliorato in tutta l'Unione, nonostante alcune questioni ancora in sospeso continuino a minare il pieno conseguimento degli obiettivi principali della direttiva, ossia costituire un autentico strumento di integrazione per i cittadini di paesi terzi insediatisi stabilmente negli Stati membri e contribuire alla realizzazione effettiva del mercato interno.

Con riferimento al primo obiettivo, è emerso come molti Stati membri continuino a rilasciare quasi esclusivamente permessi di lungo soggiorno nazionali, a meno che non siano i cittadini di paesi terzi a richiedere espressamente il permesso UE, compromettendo di fatto l'effetto utile della direttiva.

Per quanto riguarda il secondo obiettivo, le condizioni, spesso ostative, cui molti Stati membri hanno sottoposto l'esercizio del diritto dei beneficiari dello *status* di spostarsi in altri Stati membri, hanno limitato il contributo che la direttiva avrebbe potuto apportare alla realizzazione del mercato interno.

Alla luce della più recente Relazione della Commissione, il presente contributo intende dunque analizzare le questioni che continuano ad impedire la piena realizzazione degli obiettivi della direttiva 2003/109/CE, senza prescindere da una breve analisi dei risultati ad oggi raggiunti.

<sup>6</sup> Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *sull'applicazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, del 28 settembre 2011, COM (2011) 585 def.

<sup>7</sup> Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *sull'applicazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, del 29 marzo 2019, COM (2019) 161 def.

## 2. *Lo status di soggiornante di lungo periodo*

L'art. 3 della direttiva 2003/109/CE definisce il campo di applicazione *ratione personae* della stessa, prevedendo la sua applicazione ai cittadini di paesi terzi soggiornanti legalmente nel territorio di uno Stato membro, ad eccezione di coloro che vi soggiornano per motivi di studio o di formazione professionale, ovvero sono autorizzati a soggiornarvi a titolo di protezione temporanea o in quanto beneficiano – o hanno fatto richiesta – di forme sussidiarie di protezione, dei richiedenti protezione internazionale<sup>8</sup>, nonché dei cittadini di Stati terzi che «soggiornano unicamente per motivi di carattere temporaneo (...) o nei casi in cui il loro titolo di soggiorno è stato formalmente limitato».

A tal proposito, considerato che alcuni Stati membri, compresa l'Italia, hanno interpretato in maniera molto ampia quest'ultima deroga, sulla questione è intervenuta la Corte di giustizia che ha chiarito come la nozione di permesso di soggiorno “formalmente limitato” non comprenda un permesso di soggiorno a tempo determinato, rilasciato ad un gruppo specifico di persone, la cui validità può essere prorogata illimitatamente, senza tuttavia offrire alcuna prospettiva di ottenimento di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato, nel caso in cui tale limitazione formale non impedisca al cittadino di un paese terzo di insediarsi stabilmente in uno Stato membro<sup>9</sup>.

Per quanto riguarda il requisito della residenza, ai sensi dell'art. 4 della direttiva 2003/109/CE, gli Stati membri conferiscono lo *status* di soggiornante di lungo periodo ai cittadini di paesi terzi che hanno soggiornato legalmente e ininterrottamente nel loro territorio nei cinque anni precedenti la domanda, restando peraltro competenti a definire la nozione di “soggiorno legale” ai sensi della legislazione

<sup>8</sup> La direttiva 2003/109/CE è stata modificata nel 2011 con riferimento al suo ambito di applicazione soggettivo che è stato, infatti, esteso ai beneficiari di protezione internazionale. Cfr., altresì, la direttiva 2011/51/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *che modifica la direttiva 2003/109/CE del consiglio per estenderne l'ambito di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale*, dell'11 maggio 2011, in GUUE L 132 19 maggio 2011, p. 1 ss.

<sup>9</sup> Corte di giustizia, sentenza del 18 ottobre 2012, *Staatssecretaris van Justitie c. Mangat Singh*, causa C-502/10, ECLI:EU:C:2012:636.

nazionale, entro i limiti del diritto dell'Unione; un'assenza dal territorio dello Stato membro, che sia inferiore a sei mesi consecutivi e che non superi un totale di dieci mesi sul periodo dei cinque anni, non interrompe il periodo di soggiorno richiesto.

Quanto alle condizioni per acquisire lo *status* di soggiornante di lungo periodo, l'art. 5 prevede che i richiedenti dovranno provare di disporre, per sé e per i familiari a carico, di risorse stabili e regolari, sufficienti al sostentamento loro e dei loro familiari, senza fare ricorso al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato, nonché di un'assicurazione malattia contro tutti i rischi solitamente coperti per i propri cittadini in tale Stato. Sulla questione è intervenuta di recente la Corte di giustizia affermando che la disposizione va interpretata nel senso che la nozione di "risorse" non riguarda unicamente le "risorse proprie" del richiedente lo *status* di soggiornante di lungo periodo, ma può anche comprendere le risorse messe a disposizione di tale richiedente da un terzo purché, tenuto conto della situazione individuale del richiedente, siano considerate stabili, regolari e sufficienti<sup>10</sup>.

L'art. 7, sulla documentazione necessaria ai fini dell'acquisizione dello *status* che il cittadino di uno Stato terzo deve presentare alle autorità competenti dello Stato membro in cui soggiorna, prevede poi la possibilità che gli Stati richiedano la documentazione relativa ad un alloggio adeguato. Pur non essendo la disponibilità di un alloggio una condizione di ammissione, la I Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva tuttavia aveva rilevato come in alcuni Stati membri la mancanza di tale documentazione potesse costituire un motivo di rifiuto della domanda. In assenza di un chiarimento della Corte di giustizia riguardo tale aspetto, come sottolineato dalla Commissione nella più recente Relazione del marzo 2019<sup>11</sup>, permangono forti dubbi sulla conformità alla direttiva di una tale situazione. Rileva però, a tal proposito, come una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea abbia costretto Malta a modificare la legislazione che prevedeva che l'alloggio non dovesse essere condiviso con persone diverse dai familiari.

<sup>10</sup> Corte di giustizia, sentenza della del 3 ottobre 2019, *X c. Belgische Staat*, causa C-302/18, ECLI:EU:C:2019:830.

<sup>11</sup> Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 29 marzo 2019, cit.



Ancora, il par. 2 dell'art. 5 della direttiva prevede la possibilità per gli Stati membri di esigere che i cittadini di paesi terzi soddisfino le condizioni di integrazione, conformemente alla legislazione nazionale; formula che nella sua genericità conferma il carattere cedevole dell'atto, «facoltizzando gli Stati all'eventuale richiesta di un complesso di ulteriori requisiti»<sup>12</sup>. Non prevedendo la direttiva una definizione di tali condizioni, infatti, le normative nazionali in materia sono assai diverse fra loro, comprendendo le conoscenze linguistiche, altre conoscenze sulla società ospitante, come la sua storia, l'ordinamento giuridico ed i suoi valori. La Commissione, in entrambe le Relazioni sullo stato di attuazione della direttiva, ha sottolineato che gli Stati, nel recepire tale disposizione, sono comunque tenuti a rispettare la finalità della direttiva, come peraltro sottolineato dalla Corte di giustizia, chiamata ad esprimersi sulla normativa nazionale olandese che impone ai cittadini di paesi terzi, che abbiano acquisito lo *status* di soggiornanti di lungo periodo, un obbligo d'integrazione civica, attestato da un esame, a pena di ammenda<sup>13</sup>.

Soddisfatte, dunque, le condizioni di cui agli articoli 4 e 5 della direttiva, se lo straniero non costituisce una minaccia all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza (art. 6), lo Stato membro rilascia un permesso di soggiorno valido per almeno 5 anni (art. 8) rinnovabile alla scadenza<sup>14</sup>, e potrà chiedere il versamento di un contributo economico che, come specificato dalla Corte di giustizia, deve rispettare

<sup>12</sup> A. DI STASI, *L'integrazione del lungo soggiornante*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 251; vedi, anche, S. QUADRI, *Le migrazioni internazionali*, Napoli, 2006, p. 193 e A. ROSENTHAL, *Gli status sociali dei cittadini dei Paesi terzi*, in P. GARGIULO (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?*, Napoli, 2011, p. 353.

<sup>13</sup> Corte di giustizia, sentenza del 4 giugno 2015, *P e S c. Commissie Sociale Zekerheid Breda e College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amstelveen*, causa C-579/13, ECLI:EU:C:2015:369. Si vedano M. JESSE, *Integration measures, integration exams, and immigration control: P and S and K and A*, in *CML Rev.*, 2016, n. 4, p. 1065 ss.; S. NICOLOSI, L. D'ALFONSO, *La Corte di Giustizia chiarisce la portata dell'obbligo di integrazione per i cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, n. 5, p. 1279 ss.

<sup>14</sup> Si noti come, ai sensi dell'art. 8, lo *status* di soggiornante di lungo periodo sia permanente, mentre il permesso di soggiorno abbia una validità di 5 anni rinnovabile.

il principio di proporzionalità, e non deve ostacolare il conseguimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo<sup>15</sup>.

Infine, poiché lo *status* di residente di lungo periodo deve garantire la massima certezza del diritto al suo titolare, i motivi della sua eventuale revoca sono tassativi; essi sono elencati all'art. 9 della direttiva e consistono nell'acquisizione fraudolenta dello *status*, nell'adozione di un provvedimento di allontanamento, disciplinato, come si vedrà all'art. 12 della direttiva, nell'assenza dal territorio dell'Unione per 12 mesi consecutivi, termine che gli Stati sono liberi di prolungare, nonché nell'ipotesi, eventualmente prevista dagli Stati membri, che il soggiornante di lungo periodo costituisca una minaccia all'ordine pubblico ed infine, nell'acquisizione del medesimo *status* in un secondo Stato membro.

Le disposizioni della direttiva che probabilmente hanno posto i maggiori problemi di recepimento sono poi quelle riguardanti la parità di trattamento dei soggiornanti di lungo periodo con i cittadini nazionali dello Stato ospitante; infatti, l'art. 11 prevede una serie di deroghe che di fatto hanno mitigato la previsione formale di uguaglianza<sup>16</sup>.

Anzitutto, la parità di trattamento fra cittadini nazionali e soggiornanti di lungo periodo nell'ambito dell'istruzione, della formazione, delle prestazioni, dell'assistenza e della protezione sociale, va assicurata

<sup>15</sup> Così la Corte, nell'ambito di un ricorso per inadempimento nei confronti dei Paesi Bassi, ha concluso che, applicando ai cittadini di paesi terzi che presentano domanda intesa al conseguimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo nei Paesi Bassi contributi eccessivi e sproporzionati, idonei a creare un ostacolo all'esercizio dei diritti conferiti dalla direttiva, il Regno dei Paesi Bassi era venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della direttiva. V. Corte di giustizia, sentenza del 26 aprile 2012, *Commissione europea c. Regno dei Paesi Bassi*, causa C-508/10, ECLI:EU:C:2012:243. Qualche anno più tardi la Corte ha ribadito tale orientamento in occasione di un rinvio pregiudiziale effettuato nell'ambito di una controversia che vedeva la CGIL e l'INCA opposti alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, al Ministero dell'Interno e al Ministero dell'Economia e delle Finanze, per l'annullamento del decreto adottato dai due ministeri relativo al contributo per il rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno di lungo periodo. V. Corte di giustizia, sentenza del 2 settembre 2015, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) e Istituto Nazionale Confederale Assistenza (INCA) contro Presidenza del Consiglio dei Ministri e a.*, causa C-309/14, ECLI:EU:C:2015:523.

<sup>16</sup> P. DE PASQUALE, *Il trattamento degli "stranieri lungo soggiornanti"*, cit., p. 38.

secondo il diritto nazionale e le procedure nazionali applicabili; ancora, l'art. 11 della normativa vigente, prevede, al par. 2, la possibilità per gli Stati membri di limitare la parità di trattamento nei settori previsti, ad eccezione dell'ambito lavorativo, ai casi in cui il soggiornante di lungo periodo, o il familiare per cui questi chiede la prestazione, ha eletto dimora o risiede abitualmente nel suo territorio. Il paragrafo successivo autorizza gli Stati membri a fissare limitazioni all'accesso al lavoro subordinato o autonomo nei casi in cui la legislazione nazionale o la normativa europea in vigore riservino tali attività ai cittadini dello Stato ospitante, dell'Unione o del SEE. Inoltre, la disposizione in oggetto permette agli Stati membri di esigere una prova del possesso delle adeguate conoscenze linguistiche per l'accesso all'istruzione e alla formazione, nonché di subordinare l'accesso all'università all'adempimento di specifiche condizioni riguardanti la formazione scolastica. Infine, a norma del par. 4 dell'art. 11, gli Stati membri possono limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali. Sul punto peraltro, già nel 2012, è intervenuta la Corte di giustizia, nell'ambito di una controversia relativa al meccanismo introdotto dalla Provincia autonoma di Bolzano per la distribuzione dei sussidi per l'alloggio, concludendo che tale sussidio non possa non rientrare tra le prestazioni essenziali, ai sensi dell'art. 11, par. 4, della direttiva 2003/109<sup>17</sup>.

Infine, l'art. 12 dispone che gli Stati membri possano decidere di allontanare il soggiornante di lungo periodo esclusivamente se costituisce una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza, e comunque prendendo in debito conto la durata del soggiorno nel territorio, l'età dell'interessato, le conseguenze per l'interessato e per i suoi familiari ed i vincoli con il paese di soggiorno o l'assenza di vincoli con il paese d'origine, come la stessa Corte di giustizia ha avuto modo di sottolineare<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Corte di giustizia, sentenza del 24 aprile 2012, *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES), Giunta della Provincia autonoma di Bolzano, Provincia autonoma di Bolzano*, causa C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233.

<sup>18</sup> La non automaticità dell'allontanamento è stata confermata dalla Corte di giustizia in una pronuncia originata dal rinvio pregiudiziale del Tribunale amministrativo di Pamplona (Spagna) circa l'interpretazione dell'art. 12 della direttiva, nella quale la Corte

Contro il provvedimento di allontanamento, poi, la direttiva ammette la possibilità di impugnazione giurisdizionale nello Stato membro interessato da parte del soggiornante di lungo periodo, al quale, qualora non disponga dei mezzi economici sufficienti, è concesso il patrocinio a spese dello Stato nei modi previsti per i cittadini dello Stato membro in cui soggiorna.

Nonostante la particolare tutela accordata al soggiornante di lungo periodo dalla direttiva, bisogna tuttavia rilevare come non ci si trovi di fronte ad una completa equiparazione dei beneficiari ai cittadini europei, per il cui allontanamento l'art. 28 della direttiva 2004/38/CE dispone che prima di adottare un provvedimento in tal senso per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, lo Stato membro ospitante tenga conto degli elementi previsti anche con riferimento ai soggiornanti di lungo periodo, nonché dello stato di salute e della situazione economica del cittadino europeo. Vero è che un'interpretazione ampia della condizione relativa alle conseguenze che l'allontanamento può avere sull'interessato ed i suoi familiari potrebbe ricomprendere sia le condizioni di salute che quelle economiche; si tratterebbe di una scelta che ben si concilia con l'orientamento della Corte di giustizia volto a non privare la direttiva sui soggiornanti di lungo periodo del suo effetto utile, ossia l'integrazione dei cittadini di paesi terzi stabilitisi a titolo duraturo negli Stati membri.

### 3. *La difficile mobilità fra Stati membri dei soggiornanti di lungo periodo*

Al fine di contribuire alla realizzazione effettiva del mercato interno in quanto spazio in cui è garantita a tutti la libertà di circolazione, il Capo III della direttiva 2003/109/CE disciplina il soggiorno, di

ha ricordato, come di consueto, che l'obiettivo principale della direttiva è l'integrazione dei cittadini di paesi terzi stabilitisi a titolo duraturo negli Stati membri, i quali devono, a tal fine, godere di una tutela rafforzata contro l'espulsione e ha osservato come a norma dell'art. 12 della direttiva 2003/109/CE, gli Stati membri possano adottare una decisione di allontanamento nei confronti di un soggiornante di lungo periodo soltanto qualora costituisca una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza, e comunque tenuto conto degli elementi indicati dal medesimo articolo. V. Corte di giustizia, sentenza del 7 dicembre 2017, *Wilber López Pastuzano c. Delegación del Gobierno en Navarra*, causa C-636/16, ECLI:EU:C:2017:949.

durata superiore ai tre mesi, dei residenti di lungo periodo negli altri Stati membri.

Ai sensi dell'art. 14, il soggiornante di lungo periodo può risiedere in un secondo Stato membro per esercitare un'attività lavorativa, per frequentare corsi di studio e/o formazione professionale, o per altri scopi.

Tuttavia, la normativa vigente prevede una serie di condizioni che gli Stati possono chiedere siano soddisfatte, e che rischiano di incidere sulla portata del diritto stesso<sup>19</sup>. In particolare, in caso di attività economica in qualità di lavoratore autonomo o dipendente, gli Stati membri sono autorizzati ad esaminare la situazione del loro mercato del lavoro e ad applicare le procedure nazionali relative rispettivamente alla copertura di un posto vacante o all'esercizio di tali attività. Per ragioni di politica del mercato del lavoro, gli Stati membri possono dare la preferenza ai cittadini dell'Unione europea, ai cittadini di paesi terzi, quando previsto dalla legislazione europea, nonché a cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nello Stato membro interessato e vi ricevono sussidi di disoccupazione.

A tal proposito, la I Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva 2003/109/CE, aveva rilevato le difficoltà nell'applicazione pratica delle previsioni relative alla mobilità all'interno dell'Unione, sottolineando come la mobilità per i soggiornanti di lungo periodo fosse sensibilmente migliorata negli Stati membri che non la subordinano all'esame della situazione del mercato del lavoro.

La direttiva autorizza poi gli Stati membri a richiedere al soggiornante di lungo periodo di fornire la prova di disporre di risorse economiche stabili e regolari, di disporre di un'assicurazione malattia, nonché di soddisfare le "misure di integrazione" in conformità alla legislazione nazionale, purché le condizioni di integrazione non siano state già applicate ai richiedenti nel primo Stato membro. Vero è che l'espressione utilizzata – "misure di integrazione" – sembra voler sottolineare la distinzione tra tali misure e le condizioni che gli Stati possono imporre per il rilascio del primo permesso di soggiorno di lungo periodo; infatti, nella I Relazione sull'applicazione della direttiva, la Commissione ha sottolineato come non siano da ritenere conformi

<sup>19</sup> P. DE PASQUALE, *Il trattamento degli "stranieri lungo soggiornanti"*, cit., p. 39.

alla direttiva le legislazioni nazionali che dispongono che i titolari dello *status* di soggiornante di lungo periodo in un altro Stato membro debbano – nonostante l'applicazione della condizione d'integrazione nel primo Stato membro – soddisfare misure di integrazione che comportano più della semplice frequentazione di corsi di lingua.

Quanto ai familiari, l'art. 16 stabilisce che il coniuge ed i figli minori hanno il diritto di accompagnare il soggiornante di lungo periodo nel secondo Stato membro, solo qualora la famiglia fosse già unita nel primo Stato membro, in caso diverso si applicano le disposizioni della direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare.

Ai sensi dell'art. 19, par. 2, della direttiva, il secondo Stato membro deve rilasciare al soggiornante di lungo periodo un titolo di soggiorno rinnovabile se ricorrono le condizioni a tal fine, e deve notificare la sua decisione al primo Stato membro; ottenuto il titolo di soggiorno nel secondo Stato membro, il beneficiario gode in tale Stato dello stesso trattamento previsto nel primo Stato. Ai familiari, a norma del par. 3 dell'art. 19, il secondo Stato membro deve rilasciare un titolo di soggiorno rinnovabile di durata identica a quella del permesso del soggiornante di lungo periodo, ottenuto il quale, i familiari godono dei diritti enunciati all'art. 14 della direttiva relativa al ricongiungimento familiare.

Infine, la direttiva regola la possibilità, per gli Stati membri, di respingere le domande in caso di minaccia per la sanità pubblica, all'art. 18, ovvero per l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza, all'art. 17, per il quale valgono le considerazioni fatte con riferimento all'art. 6.

Nonostante la previsione del diritto di soggiorno in altri Stati membri risulti particolarmente significativa<sup>20</sup>, nella misura in cui prevede una procedura unica che pone i soggiornanti di lungo periodo in una posizione vantaggiosa rispetto ad altre categorie di cittadini di Stati terzi, le diverse condizioni che gli Stati possono chiedere vengano soddisfatte di fatto ha trasformato un diritto in una “mera possibilità”<sup>21</sup>.

Per tutte queste ragioni, la II Relazione della Commissione sullo stato di attuazione della direttiva ha sottolineato come l'attuazione

<sup>20</sup> Così A. DI STASI, *L'integrazione del lungo soggiornante*, cit., p. 251.

<sup>21</sup> Così P. DE PASQUALE, *Il trattamento degli “stranieri lungo soggiornanti”*, cit., p. 39.

delle disposizioni in materia di mobilità all'interno dell'UE non abbia apportato un contributo effettivo alla realizzazione del mercato interno dell'UE.

Solo pochi residenti di lungo periodo si sono avvalsi del diritto di spostarsi in altri Stati membri, a causa, in primo luogo, delle diverse condizioni cui è sottoposto l'esercizio di tale diritto, ma anche per il fatto che le amministrazioni nazionali competenti non dispongono di conoscenze sufficienti riguardo alle procedure o riscontrano difficoltà a livello di cooperazione con i loro omologhi in altri Stati membri.

La Commissione, dunque, ha proposto di migliorare la cooperazione e lo scambio di informazioni tra autorità nazionali in questo ambito specifico.

#### 4. *Il rischio di concorrenza con permessi di soggiorno nazionali*

Un altro aspetto evidenziato dalla Commissione europea in entrambe le Relazioni sull'attuazione della direttiva attiene al rischio di concorrenza fra i permessi di soggiorno permanenti nazionali e quello UE.

A norma dell'art. 13 della direttiva 2003/109/CE, infatti, gli Stati membri possono rilasciare permessi di soggiorno permanenti o di validità illimitata, anche a condizioni più favorevoli rispetto a quelle previste dalla direttiva; tuttavia, la disposizione sottolinea come tali permessi non conferiscano il diritto di soggiornare negli altri Stati membri ai sensi della direttiva.

Nel 2018 i titolari del permesso di soggiorno di lunga durata erano circa 2,8 milioni, meno che nell'anno precedente; il numero dei permessi di soggiorno permanente, rilasciati sulla base della legislazione nazionale sono, invece, aumentati<sup>22</sup>.

Eppure, sul punto era già intervenuta la Corte di giustizia<sup>23</sup>, specificando che, a norma dell'art. 13 della direttiva, gli Stati membri hanno la facoltà di rilasciare titoli di soggiorno permanenti o di va-

<sup>22</sup> Dati Eurostat, [http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr\\_reslong&lang=en](http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_reslong&lang=en)

<sup>23</sup> Corte di giustizia, sentenza della del 17 luglio 2014, *Shamim Tabir c. Ministero dell'Interno e Questura di Verona*, causa C-469/13, ECLI:EU:C:2014:2094.

lidità illimitata a condizioni più favorevoli rispetto a quelle previste dalla direttiva, ma tali titoli non possono costituire «in nessun caso un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo ai sensi di detta direttiva».

In particolare, la Corte aveva richiamato il considerando 17 della direttiva, dal quale risulta che l'armonizzazione delle condizioni per il conferimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo favorisce la reciproca fiducia fra gli Stati membri, di conseguenza i titoli di soggiorno permanenti o di validità illimitata rilasciati a condizioni più favorevoli rispetto a quelle previste dalla direttiva non danno accesso al diritto di soggiorno in altri Stati membri. In altre parole, i permessi di soggiorno permanenti rilasciati sulla base delle normative nazionali non possono essere in alcun modo equiparati ai permessi di soggiorno disciplinati dalla direttiva del 2003.

Infatti, una specifica richiesta lanciata nel 2016 attraverso la Rete europea sulle migrazioni<sup>24</sup> ha dimostrato come i permessi di soggiorno di lungo periodo nazionali, seppur rilasciati in alcuni casi a condizioni più facili da soddisfare, siano meno garantisti sul fronte della parità di trattamento con i cittadini dello Stato ospitante.

Certo occorrerebbe indagare sui motivi della concorrenza fra le due diverse tipologie di permessi di soggiorno, poiché, come è stato osservato, se fosse accertata la responsabilità di talune autorità nazionali nella promozione attiva dei permessi nazionali, anche in presenza dei requisiti per accedere al permesso UE, ci troveremmo di fronte alla violazione dell'effetto utile della direttiva<sup>25</sup>.

## 5. Conclusioni

A più di 15 anni dalla sua adozione, la direttiva 2003/109/CE rappresenta un sistema innovativo; grazie agli interventi, seppur non numerosi, ma sicuramente significativi, della Corte di giustizia, la direttiva sui soggiornanti di lungo periodo è probabilmente la più rilevante in tema di integrazione dei cittadini stranieri e, più in par-

<sup>24</sup> Richiesta specifica REM 2016.1000.

<sup>25</sup> K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, München, 2016, p. 497.



ticolare, nell'ambito dell'obiettivo, posto a Tampere, di avvicinare lo *status* del cittadino di Stato terzo a quello del cittadino europeo.

In altre parole, la valorizzazione di un elemento oggettivo, quale la residenza, corredata dal possesso di altri requisiti, ha dato vita ad uno *status* privilegiato che molto si avvicina al concetto di "cittadinanza civile", comprendente un nucleo comune di diritti e obblighi per i cittadini dei paesi terzi da acquisire dopo un periodo stabilito di residenza in uno Stato membro, come garanzia di un inserimento riuscito nella società.

Tuttavia, proprio perché sono trascorsi tanti anni dall'adozione della direttiva, ci si potrebbe ad oggi attendere un atteggiamento diverso degli Stati membri, più rispettoso del dettato normativo.

Dal canto suo, la Commissione europea conclude la II Relazione sullo stato di attuazione della direttiva sottolineando il suo ruolo di controllo e ricordando come, ove necessario, adotterà le misure appropriate, fra le quali l'avvio di procedure di infrazione.

*Abstract*LO STATUS GIURIDICO DEL LUNGO SOGGIORNANTE:  
I LIMITI DELLA DIRETTIVA 2003/109/CE

La recente Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva 2003/109/CE, sullo *status* dei soggiornanti di lungo periodo, ha messo in luce come, in seguito ai numerosi procedimenti di infrazione avviati dalla Commissione e alle sentenze della Corte di giustizia, negli ultimi anni lo stato di attuazione della direttiva sui soggiornanti di lungo periodo sia migliorato in tutta l'Unione, nonostante alcune questioni ancora in sospeso continuino a minare il pieno conseguimento degli obiettivi principali della direttiva, ossia costituire un autentico strumento di integrazione per i cittadini di paesi terzi insediatisi stabilmente negli Stati membri e contribuire alla realizzazione effettiva del mercato interno.

THE LEGAL STATUS OF THE LONG TERM RESIDENT:  
THE LIMITS OF DIRECTIVE 2003/109/EC

The recent European Commission's Report on the implementation of Directive 2003/109/EC concerning the status of third country nationals who are long-term residents, highlighted an improvement, in the last few years, of the state of play of the implementation of the long-term residents Directive, also thanks to the numerous infringement procedures launched by the Commission as well as the judgments issued by the CJEU. Notwithstanding those improvements, some outstanding issues continue to undermine the full achievement of the Directive's main objectives, which are: to constitute a genuine instrument for the integration of third-country nationals who are settled on a long-term basis in the Member States; and to contribute to the effective attainment of an internal market.



# IL VISTO UMANITARIO NELL'AMBITO DELL'UNIONE EUROPEA

*Chiara Parisi\**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il visto umanitario previsto dall'articolo 25 del Codice visti Schengen. – 3. Gli sviluppi successivi alla sentenza resa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *X. e X. c. Belgio*. – 4. Sviluppi futuri in materia di visto umanitario e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. Declinazioni del visto umanitario in programmi nazionali di accesso legale al territorio. – 6. Conclusione.

## 1. *Introduzione*

Il dibattito avviato dalle istituzioni europee circa l'introduzione di un visto umanitario *ad hoc* per la domanda di asilo ha riaperto i riflettori su una tematica di grande attualità per le politiche europee. In questo periodo di «crisi migratoria», l'afflusso di migranti nell'Unione europea si pone al centro dei dibattiti tra le istituzioni europee e gli Stati, nell'ottica di migliorare e rendere più efficace l'attuale sistema comune di asilo in vigore, sul fondamento dell'articolo 77 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che prevede una serie di misure miranti a migliorare l'integrazione delle politiche europee in materia di asilo e migrazione e in particolare norme comuni in materia di visti e permessi di soggiorno di breve durata<sup>1</sup>. L'obiettivo posto dal TFUE è quello di una progressiva integrazione delle politiche di asilo e di migrazione tra gli Stati membri, al fine di armonizzare del tutto le politiche di gestione dei flussi migratori, *ex* articolo 78 del TFUE.

All'interno di tale quadro, l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne dell'Unione europea, in uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è stato compensato dall'inasprimento dei controlli alle frontiere esterne. Questo fa gravare, di conseguenza, la

\* Dottoranda in Diritto Pubblico – Université Cote d'Azur (Laboratoire LA-DIE), in cotutela con l'Università Milano Bicocca.

<sup>1</sup> Art. 77, par. 2, del TFUE.

responsabilità dei controlli sui Paesi situati alle frontiere esterne dell'Unione europea. L'Agenzia Frontex, oggi Agenzia europea di frontiera e costiera secondo il regolamento (UE) 2019/1896<sup>2</sup>, interviene per agevolare il raggiungimento di quest'obiettivo<sup>3</sup>, con riserva alle competenze che incombono agli Stati<sup>4</sup>, nonostante non manchino le occasioni di critiche nei confronti del suo operato<sup>5</sup>. Inoltre, la disparità nell'attribuzione degli incarichi è stato incrementato dal regolamento di Dublino III<sup>6</sup>, attualmente in vigore, che applica la regola del primo Paese di accesso per la gestione dei flussi dei richiedenti asilo e che ha come conseguenza principale quella di far ricadere la responsabilità e la competenza per l'esame delle domande inoltrate sui Paesi di frontiera, più facilmente accessibili da un punto di vista geografico. Pertanto, ciò ha portato ad una vera e propria crisi della gestione dei flussi migratori e ad una risposta intransigente da parte di alcuni Stati posti alle frontiere esterne dell'Unione europea<sup>7</sup>. Così, mentre le frontiere esterne si fanno sempre più impenetrabili, l'afflusso di persone che chiedono aiuto alle porte europee non si arresta.

L'Unione europea, quindi, ha lanciato un processo di esternalizzazione delle sue politiche in materia migratoria, allo scopo di arginare l'afflusso di migranti e "liquidare" la questione. In tal modo, gli

<sup>2</sup> Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i Regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624*, del 13 novembre 2019.

<sup>3</sup> D. VITIELLO, E. DE CAPITANI, *Il regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della guardia di frontiera e costiera europea: da «fire brigade» ad amministrazione europea integrata?*, in *SIDIBlog*, 6 dicembre 2019, <http://www.sidiblog.org/2019/12/06/il-regolamento-ue-20191896-relativo-alla-riforma-di-frontex-e-della-guardia-di-frontiera-e-costiera-europea-da-fire-brigade-ad-amministrazione-europea-integrata/>.

<sup>4</sup> Art. 72 del TFUE.

<sup>5</sup> S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *Immigrazione e diritti fondamentali: fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 32.

<sup>6</sup> Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide*, del 26 giugno 2013.

<sup>7</sup> Si faccia riferimento alla politica di chiusura delle frontiere in Ungheria.

Stati membri dell'Unione europea perseguono accordi<sup>8</sup> che hanno lo scopo di affidare agli Stati di transito (e quindi non di destinazione) la gestione dei flussi migratori, permettendo quindi di prevenire l'afflusso dei migranti alle frontiere esterne dell'Unione europea, poiché l'uscita è bloccata dai Paesi limitrofi a essa, in cambio di collaborazione economica e di altre garanzie<sup>9</sup>. Un esempio sono gli accordi stipulati dall'Unione europea con la Turchia del 2016<sup>10</sup>, che hanno recentemente dimostrato la fragilità di tale sistema da cui possono scaturire pressioni politiche dalla controparte<sup>11</sup>. Inoltre, l'Unione europea ha in tal modo stabilito accordi con Paesi poco rispettosi

<sup>8</sup> CONSIGLIO EUROPEO, *Dichiarazione UE-Turchia*, del 18 marzo 2016; Accordo Italia-Libia, *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, del 2 febbraio 2017, rinnovato il 2 novembre 2019; *Accordo di cooperazione in materia di difesa tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica del Niger*, del 26 settembre 2017; *Memorandum d'Intesa tra il dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'Interno italiano e la Polizia nazionale del Ministero dell'Interno sudanese per la lotta alla criminalità, gestione delle frontiere e dei flussi migratori ed in materia di rimpatrio*, del 3 agosto 2016. Vedere anche: CONSIGLIO EUROPEO, *Valletta Summit on migration*, 11-12 novembre 2015; *EU/Horn of Africa migration route initiative, Khartoum Process*, <https://www.khartoumprocess.net/>, iniziato il 28 novembre 2014.

<sup>9</sup> Sulla questione: V. ZAMBRANO, *Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell'Unione europea e dell'Italia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, n. 1, p. 119.

<sup>10</sup> *Supra*, nota 4.

<sup>11</sup> La Turchia ha recentemente aperto le sue frontiere, lasciando attraversare migliaia di migranti al valico di frontiera di Edirne. La Grecia quindi si è ritrovata a dover affrontare l'arrivo di un massiccio numero di richiedenti asilo al quale ha risposto in maniera brutale, mettendo in atto metodi talvolta contrari ai diritti fondamentali della persona e agli stessi valori dell'Unione europea. Si noti, inoltre, che la Grecia ha messo in atto un rinvio sistematico dei migranti approdati sull'isola di Lesbo senza procedere al raccoglimento delle domande di asilo. La situazione attualmente in atto sull'isola di Lesbo è l'immagine chiara di un sistema migratorio europeo lacunoso. Il termine «ricatto migratorio» o *chantage migratoire* comincia ad apparire nella stampa francese. V. *Migrants: Le Drian dénonce un chantage inacceptable de la part de la Turquie*, 4 marzo 2020, reperibile on line al sito <https://fr.euronews.com>; *Migrants: l'UE face au cynisme de la Turquie*, in *Le Monde*, 4 marzo 2020; *Ankara réclame une aide européenne en Syrie, l'UE dénonce un «chantage» aux migrants*, in *France24*, 4 marzo 2020.

dei diritti umani, soprattutto riguardo a cittadini stranieri<sup>12</sup>. Questa situazione di crisi traduce la mancanza di collaborazione tra gli Stati dell'Unione europea, scatenando antagonismi tra governi che faticano a collaborare tra loro e rimettendo in questione i grandi principi fondatori dell'Unione europea, quali il principio di solidarietà<sup>13</sup> e di mutua fiducia<sup>14</sup>, che impone agli Stati di collaborare, in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e che l'Unione pone a fondamento delle politiche di migrazione e asilo<sup>15</sup>. L'Avvocato generale Yves Bot, nelle sue conclusioni presentate il 26 luglio 2017, ha definito il principio di solidarietà quale «valore fondante ed esistenziale dell'Unione»<sup>16</sup>. Peraltro, la solidarietà tra gli Stati membri ritorna a più riprese nelle politiche europee<sup>17</sup>, a conferma dell'importanza della collaborazione tra

<sup>12</sup> AMNESTY INTERNATIONAL, *Accord UE-Turquie: La Honte de l'Europe*, 17 marzo 2017, reperibile all'indirizzo: [https://www.amnesty.fr/refugies-et-migrants/actualites/accord-ue-turquie--la-honte-de-leurope?gclid=CjwKCAjwmKLzBRBeEiwAC-CVihpD12CBaYl4l6doCaXZ84AnZ90ZMerHkVA4q6Z5VnaO\\_uI\\_wURICuho-CagEQAvD\\_BwE](https://www.amnesty.fr/refugies-et-migrants/actualites/accord-ue-turquie--la-honte-de-leurope?gclid=CjwKCAjwmKLzBRBeEiwAC-CVihpD12CBaYl4l6doCaXZ84AnZ90ZMerHkVA4q6Z5VnaO_uI_wURICuho-CagEQAvD_BwE); COMMISSIONE PER I DIRITTI UMANI, *Rapporto della Commissione per i diritti umani nel Sudan del Sud*, 20 febbraio 2019, reperibile all'indirizzo: <http://www.masterdirittiumanisapienza.it/sites/default/files/Report%20South%20Sudan%20-%20%20Advance%20Unedited%20Version.pdf>; AMNESTY INTERNATIONAL, *Rapporto annuale 2017-2018, Niger*, reperibile on line: <https://www.amnesty.it/rapporti-annuali/rapporto-annuale-2017-2018/africa/niger/>.

<sup>13</sup> Art. 80 del TFUE: «Le politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio».

<sup>14</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Agenda europea in materia di migrazione*, Bruxelles, 13 maggio 2015, p. 14: «Una delle debolezze che accusa il sistema attuale è la mancanza di fiducia reciproca tra Stati membri, in particolare a causa della frammentazione del sistema di asilo».

<sup>15</sup> Riguardo alla crisi della solidarietà e dell'Unione europea in materia migratoria, vedere: J. AUUVRET-FINCK, A.S. MILLET-DEVALLE (eds.), *Crise des réfugiés, crise de l'Union Européenne?*, Atti del Convegno di Nizza, 9-10 aprile 2016, Parigi, 2017.

<sup>16</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale YVES BOT, presentate il 26 luglio 2017, nella causa C-643/15 e C-647/15, *Repubblica slovacca, Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea*, par.18.

<sup>17</sup> U. VILLANI, *Immigrazione e principio di solidarietà*, in *FSJ*, 2017, n. 3, p. 3. In particolare l'autore fa riferimento al Preambolo del Trattato sull'Unione europea, all'art. 222 TFUE e finanche all'art. 122 in materia di politica economica. Lo stesso principio è riportato nel preambolo della Carta europea dei diritti fondamentali.

di essi quale fondamento del diritto comunitario. Tale considerazione è esplicitata inoltre dal fallimento dei programmi di ricollocamento<sup>18</sup>, di cui le decisioni (UE) 2015/1523 e 2015/1601, aventi l'obiettivo di riequilibrare la spartizione del numero di richiedenti asilo tra gli Stati membri<sup>19</sup> e allentare le pressioni su Italia e Grecia. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha, su questo punto, aperto una procedura di infrazione contro la Polonia, la Ungheria e la Repubblica Ceca, nelle cause avviate dalla Commissione europea<sup>20</sup>.

Il perseguimento dell'obiettivo di una gestione integrata delle frontiere mira, inoltre, ad instaurare un equilibrio tra la gestione delle frontiere esterne dell'Unione europea e la protezione dei diritti dell'uomo. Il visto umanitario si inserisce in questo contesto, che attraverso norme comunitarie mira a gestire in maniera efficace le frontiere esterne, nel rispetto dei diritti umani, puntando a disinnescare la rete di traffici umani, coniugando la materia dei visti con quella delle politiche di asilo.

Il visto umanitario, in quanto strumento di accesso legale al territorio europeo, permetterebbe inoltre di arginare i flussi di richiedenti asilo e gli ingressi irregolari nel territorio europeo. Ad oggi, l'Unione europea necessita di metodi di canalizzazione delle domande di asilo che possano essere gestiti *in loco*, ovvero a partire dal territorio dei Paesi di provenienza dei soggetti in cerca di protezione internazionale o

<sup>18</sup> La Commissione europea ha aperto delle procedure di infrazione contro la Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca. Gli altri Stati non hanno accolto il numero totale di richiedenti asilo che era stato loro imposto. V. COMMISSIONE EUROPEA, *Report from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, Progress report on the European Agenda on Migration*, Bruxelles, 2017, p. 16.

<sup>19</sup> M. DONY, *Réinstallations et relocalisation: une réponse insuffisante à la crise des réfugiés qui traduit une crise plus profonde de l'Union*, in J. AUVRET-FINCK, A.S. MILLET-DEVALLE (eds.), *op. cit.*, p. 143.

<sup>20</sup> Corte di giustizia, i seguenti ricorsi: *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca*, cause riunite C-715/17, C-718/17, C-719/17. Vedere su questo punto: F. FERRI, *L'assassino è il maggiordomo? Primi rilievi sulle conclusioni dell'Avvocato generale nel giudizio di infrazione contro Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca in materia di ricollocazioni*, in *SIDIBlog*, 20 novembre 2019, reperibile all'indirizzo: <http://www.sidiblog.org/2019/11/20/l'assassino-e-il-maggiordomo-primi-rilievi-sulle-conclusioni-dell'avvocato-generale-nel-giudizio-di-infrazione-contro-polonia-ungheria-e-repubblica-ceca-in-materia-di-ricollocazioni/>.



perlomeno di canali di accesso regolari. Di fronte al numero esponenziale di vittime di tratta degli esseri umani e di decessi nella traversata del mar Mediterraneo<sup>21</sup>, l'analisi della domanda di asilo nel Paese di origine costituirebbe una soluzione agli spostamenti illeciti in quanto permetterebbe di prevenirli. L'Unione europea spinge la riflessione verso l'apertura di canali legali per l'accesso al suo territorio<sup>22</sup>, sul modello dei programmi già esistenti al di fuori del contesto europeo.

In parallelo, gli Stati e le organizzazioni ed associazioni private hanno cercato di aprire delle vie legali di accesso al territorio europeo: si tratta di programmi che, in collaborazione con l'Alto Commissario per i Rifugiati, permettono di individuare le persone più vulnerabili che necessitano maggiormente di accoglienza per ottenere la protezione internazionale. I programmi di reinsediamento si svolgono di concerto con i Paesi di accoglienza, che accettano di prendere in carico le domande di alcuni gruppi o persone più vulnerabili, designate dall'Alto Commissario<sup>23</sup>. In realtà, i programmi che aprono corridoi umanitari o altre vie legali per accedere al territorio europeo si moltiplicano e la criticità consiste proprio nella loro applicazione disuniforme da parte degli Stati membri; questa diversità contrasta con la volontà di armonizzare le politiche degli Stati in materia. Inoltre, tali programmi permettono solo ad un numero esiguo di persone di ottenere un passaggio verso l'Europa, a fronte dei numeri sempre più elevati di coloro che si presentano alle frontiere dell'Unione europea.

Ci si chiede, allora, se sia possibile prevenire i flussi migratori attraverso l'esternalizzazione o il dislocamento della domanda di asilo: ottenere un documento che consenta l'ingresso regolare nel territorio

<sup>21</sup> EUROSTAT STATISTICS EXPLAINED, *Migration and migrant statistics*, 10 settembre 2019.

<sup>22</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the work of the Task Force Mediterranean*, del 4 dicembre 2013, COM(2013) 869 final; Risoluzione del Parlamento europeo, *on EU and Member State measures to tackle the flow of refugees as a result of the conflict in Syria 2013/2837(RSP)*, del 9 ottobre 2013, in GUUE C 181/56 del 19 maggio 2016; Risoluzione del Parlamento europeo, *on the mid-term review of the Stockholm Programme 2013/2024(INI)*, del 2 aprile 2014, in GUUE C 408/8 del 30 novembre 2017.

<sup>23</sup> UNHCR, *Manuel de réinstallation*, 2011. In materia è stata resa disponibile dall'HCR una banca dati relativa ai programmi di reinsediamento all'indirizzo <https://www.refworld.org/topic/50ffbce510/50ffbce52b.html>.

dell'Unione europea al fine di introdurre la domanda di asilo, infatti, rappresenterebbe una soluzione plausibile alla crisi. In realtà, l'articolo 25<sup>24</sup> del Codice visti permetterebbe già<sup>25</sup> di ottenere un documento di questo tipo: il cosiddetto visto umanitario. Tuttavia, la Corte di giustizia dell'Unione europea, nella pronuncia *X e X c. Belgio*<sup>26</sup> del 7 marzo 2017, ha adottato un'interpretazione di questa disposizione che rende impossibile utilizzarla in circostanze legate alla domanda di asilo. A proposito dell'interpretazione di questo strumento, in particolare della sua compatibilità con le garanzie convenzionali, peraltro, dovrebbe a breve pronunciarsi la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *M.N. e altri c. Belgio*, introdotto con ricorso del 10 gennaio 2018.

## 2. *Il visto umanitario previsto dall'articolo 25 del Codice visti Schengen*

Il visto umanitario è un *visto con validità territoriale limitata*, valido, cioè, solo per il territorio la cui rappresentanza ha rilasciato il documento. Esso permette un soggiorno di breve durata nel suddetto territorio, equivalente a 180 giorni di cui 90 giorni effettivi. Tale visto si fonda sul Codice visti Schengen<sup>27</sup>, che regola la gestione dei visti per i soggiorni di breve durata e si applica a tutti i Membri dell'Unione europea, mentre ne sono esclusi i visti di lungo soggiorno, i quali sono regolati dalle legislazioni nazionali.

<sup>24</sup> Art. 25 del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti)* del 13 luglio 2009, in GUUE L 243/1 del 15 settembre 2009: «1. I visti con validità territoriale limitata sono rilasciati eccezionalmente nei seguenti casi: a) quando, per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali, lo Stato membro interessato ritiene necessario; i) derogare al principio dell'adempimento delle condizioni di ingresso di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettere a), c), d) ed e), del codice frontiere Schengen; ii) rilasciare un visto nonostante l'opposizione al rilascio di un visto uniforme manifestata dallo Stato membro consultato a norma dell'articolo 22; oppure iii) rilasciare un visto per motivi di urgenza benché non abbia avuto luogo la consultazione preliminare a norma dell'articolo 22; (...)».

<sup>25</sup> Secondo l'applicazione precedente alla sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, del 7 marzo 2017, *X e X c. Belgio*, causa C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

<sup>26</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, *X e X c. Belgio*, cit.

<sup>27</sup> Regolamento (CE) n. 810/2009, cit.

Il visto umanitario rappresenta un'eccezione alla procedura ordinaria di rilascio dei visti uniformi di breve soggiorno<sup>28</sup>. In effetti, la procedura differisce in quanto l'articolo non pone un obbligo di rilascio ma menziona esplicitamente la facoltà per lo Stato Membro di rilasciare tale titolo solo in casi di emergenza nei quali il soggetto non sarebbe in grado di presentare tutti i documenti necessari richiesti per la procedura ordinaria di rilascio. Per emergenza si intende la presenza di motivi umanitari che giustifichino tale eccezione. Questo visto è rilasciato in maniera gratuita e la sua durata può essere eccezionalmente prorogata al di là dei 90 giorni<sup>29</sup>.

Il problema che pone immediatamente l'articolo 25 è dato dall'ambiguità del contenuto della norma, che in mancanza di un'interpretazione uniforme da parte della Corte di giustizia, non specifica sulla base di quali criteri vada interpretata l'espressione «motivi umanitari». Di conseguenza, gli Stati sono indotti ad applicare l'articolo secondo la propria lettura della disposizione in oggetto. Molto eloquente è il parere dato dal Centro federale svizzero per le migrazioni, secondo il quale il visto umanitario non costituisce un diritto ma un «favore»<sup>30</sup>. Questo giudizio traduce, in realtà, la *ratio* dall'articolo 25 del Codice visti, che non punta a istituire una regola per gli agenti diplomatici di Stati membri dell'Unione europea nei Paesi terzi, ma solo una misura residuale alla luce di determinati presupposti. In effetti, non sembra possibile interpretarla come una via sistematica di ingresso nel territorio dell'Unione europea, proprio in virtù della carenza di inquadramento della stessa. Ne consegue che gli Stati non hanno l'obbligo di rilasciare il visto umanitario. Ne derivano grandi divergenze nella prassi degli stessi Stati membri. Nonostante ciò, almeno 16 Stati membri dell'Unione europea hanno rilasciato visti umanitari sulla base dell'articolo 25 TFUE<sup>31</sup>.

Per tentare di ovviare a queste lacune, è necessario innanzitutto analizzare la nozione di «motivi umanitari». In assenza di una definizione chiara e identica per tutti gli Stati membri, questi ultimi applicano infatti definizioni nazionali.

<sup>28</sup> Art. 24 del Codice visti Schengen.

<sup>29</sup> Art. 33 del Codice visti Schengen.

<sup>30</sup> CENTRE FÉDÉRAL POUR LES MIGRATIONS MYRIA, MYRIADOC, *Focus #4: Visas humanitaires*, 22 maggio 2017, p. 58.

<sup>31</sup> EUROPEAN AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Legal entry channels to the EU for persons in need of international protection: a toolbox*, 2015, n. 2.

Ad esempio, il Tribunale Amministrativo Federale svizzero, in una sentenza del 2017<sup>32</sup>, ha fornito la propria definizione di motivi umanitari, la quale prende in conto la minaccia che una persona potrebbe subire alla propria integrità fisica<sup>33</sup> all'interno del Paese di origine o di provenienza<sup>34</sup>.

Per ragioni simili, l'Avvocato generale Mengozzi nelle conclusioni rese nel caso *X e X c. Belgio*<sup>35</sup> del 2017 ha suggerito l'applicazione dell'articolo 25 in situazioni nelle quali sussistono motivi validi e seri per i quali la negazione del visto esporrebbe la persona a tortura o a trattamenti disumani o degradanti, facendo riferimento all'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In realtà, la proposta avanzata dall'Avvocato generale Mengozzi va al di là dell'interpretazione data dal Tribunale svizzero, poiché non si arresta alle minacce contro l'integrità fisica ma include nel rischio rilevante anche i trattamenti disumani o degradanti (oltre alla tortura), trattamenti che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia comprendono le ricadute psicologiche degli atti di persecuzione<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Tribunale Amministrativo Federale, *A., B., C. c. Secrétaire d'Etat aux migrations*, sentenza del 19 giugno 2017, causa F-7298/2016.

<sup>33</sup> La considerazione del concetto di integrità fisica rischia, però, di rivelare una certa insufficienza rispetto ai casi di persecuzioni o violazione dei diritti che non mettono direttamente a rischio l'integrità fisica dei soggetti e quindi palesa la necessità di una definizione unica e completa. Tra l'altro, tale definizione si fonda su un certo grado di urgenza e risulta quindi restrittiva poiché permette il rilascio del visto solo in caso di minaccia diretta. Ciò si distacca dalla realtà dei Paesi «produttori» di richiedenti asilo.

<sup>34</sup> Tribunale Amministrativo Federale, *A., B., C. c. Secrétaire d'Etat aux migrations*, sentenza del 19 giugno 2017, causa F-7298/2016, par. 4.3: «Si, dans un cas d'espèce, la vie ou l'intégrité physique d'une personne sont directement, sérieusement et concrètement menacées dans son pays d'origine ou de provenance».

<sup>35</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale P. MENGZZI, presentate il 7 febbraio 2017, nella causa C-638/16 PPU, *X et X c. Belgio*, par. 3.

<sup>36</sup> A tal proposito, vedere la sentenza della Corte di giustizia circa l'interpretazione del principio divieto di trattamenti disumani e degradanti, nel contesto dell'attribuzione dello statuto di rifugiato a cittadini di Paesi terzi o apolidi. È interessante, in particolare, come nella fattispecie sia preso in considerazione l'impatto mentale e psicologico delle persecuzioni sulla persona come postumi post-traumatici. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 24 aprile 2018, causa C-353/16 *MP c. Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2018:276.

Ciò nonostante, la Corte non ha seguito il parere dell'Avvocato generale, escludendo completamente l'utilizzo dell'articolo 25 per il rilascio di un visto umanitario in favore di soggetti aventi intenzione di chiedere l'asilo. La posizione presa dalla Corte è stata duramente criticata dalla dottrina<sup>37</sup> che ha deplorato un'occasione persa per fare luce sul visto *ex* articolo 25. In effetti, la Corte giunge alla conclusione che l'articolo 25 non permetterebbe ai richiedenti asilo di viaggiare regolarmente verso l'Europa; in questo modo, la Corte impedisce l'applicazione di una disposizione che ha permesso a diversi Stati il rilascio di visti per l'Europa.

Nella fattispecie, il caso *X e X* interessava una famiglia siriana che si era recata presso l'ambasciata belga a Beirut, in Libano, per richiedere un visto per il Belgio allo scopo di potere inoltrare, una volta raggiunto il territorio di quel Paese, una domanda di asilo sulla base, dunque, dell'articolo 25. Vedendosi rifiutare tale documento, i ricorrenti impugnarono la decisione di fronte ai Tribunali belgi. Il loro ricorso fu, in prima battuta, respinto dall'*Office des étrangers*. Successivamente, il *Conseil du contentieux des étrangers* rinviò la questione alla Corte Costituzionale belga e alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Contro le aspettative dei più, quest'ultima, nella sua sentenza, accolse le argomentazioni dello Stato belga affermando che l'articolo 25 permette il rilascio di un visto con validità territoriale limitata, incompatibile con l'intenzione dei soggetti di restare sul territorio (in virtù della domanda di asilo), al di là dei 90 giorni effettivi concessi da tale documento.

Nella sua pronuncia, la Corte sembra non tener conto della differenza tra il diritto ad entrare nel territorio europeo che scaturisce dal visto, da quello di restare sul territorio che, invece, deriva dalla presentazione della domanda di asilo. Quest'ultima non dovrebbe alterare, in principio, la natura del visto umanitario, quantunque la Corte affermi che la possibilità di restare sul territorio per un periodo prolungato non può che essere conferita dall'ottenimento di un visto

<sup>37</sup> C. PEYRONNET, T. RACHO, *Ceci n'est pas un visa humanitaire: La Cour de justice neutralise l'article 25, par. 1, a) du code des visas*, in *La Revue des droits de l'homme*, 28 aprile 2017; K. PARROT, *Le code des visas, un rempart assumé contre les migrants en quête de protection internationale*, in *Revue Plein droit*, 2018, n. 1, pp. 45-48.

di lungo soggiorno, cioè un visto di *tipo D*, che dunque non è regolato dal Codice Visti Schengen, ma dalle legislazioni nazionali.

In seguito, facendo eco alla giurisprudenza della Corte, la Commissione europea ha fornito degli esempi di interpretazione dell'espressione «motivi umanitari» da parte del corpo diplomatico nella versione aggiornata del Manuale delle procedure di domande di visto del 30 marzo 2019<sup>38</sup>. Le situazioni prese in considerazione fanno per lo più riferimento a casi di emergenze mediche o comunque legate allo stato di salute della persona richiedente il visto<sup>39</sup>. È chiara, quindi, la volontà di escludere l'applicazione dell'articolo 25 nei casi di domanda di visto finalizzata alla presentazione di una domanda di asilo.

Allo stesso modo, e a conferma della posizione presa dalla Corte di giustizia, il Tribunale di Roma<sup>40</sup> si è pronunciato in una sentenza del 21 febbraio 2019 nella quale ha concesso il rilascio di un visto umanitario ad un cittadino minore di nazionalità nigeriana, che si trovava sul territorio libico, sul fondamento dell'articolo 25 del Codice Visti Schengen. Nella fattispecie, il minore si trovava in un campo profughi in Libia. La madre risiedeva regolarmente in Italia da tempo, in possesso di un permesso di soggiorno per motivi umanitari, che non permetteva al figlio di entrare in Italia tramite la procedura di ricongiungimento familiare (che non si applica alle vittime di tratta secondo l'articolo 29 della legislazione 286/98). In queste circostanze, del tutto eccezionali, il giudice ha sancito l'obbligo di rilascio per l'ambasciata italiana in Libia di un visto umanitario, al fine di permettere l'ingresso regolare sul territorio italiano al cittadino straniero. È interessante notare come nella fattispecie i motivi umanitari non fossero inerenti alle condizioni di violazione dei diritti umani nei

<sup>38</sup> Manuale dei Visti I e Complemento SEM, Edizione 15, del 30 marzo 2019, p. 137.

<sup>39</sup> In particolare, l'esempio utilizzato dalla Commissione è assai significativo poiché quest'ultima descrive il caso in cui il Consolato svizzero rilasci un visto umanitario per motivi di interesse nazionale laddove, per di più, la Svizzera dispone di una propria definizione di motivi umanitari.

<sup>40</sup> Tribunale ordinario di Roma, Sezione della persona e immigrazione, *X c. MAE e MS*, sentenza del 21 febbraio 2019. Il testo della sentenza è reperibile sul sito [asgi.it](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/05/Tribunale-di-Roma-visto-umanitario-per-msna-in-Libia.pdf) all'indirizzo: <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/05/Tribunale-di-Roma-visto-umanitario-per-msna-in-Libia.pdf>.

campi profughi in Libia, ma piuttosto fossero riconducibili allo stato di salute dell'interessato, il quale necessitava di un'operazione chirurgica. Questa sentenza dimostra ancora come lo strumento del visto umanitario non sia utilizzato, ad oggi, ai fini dell'asilo, in particolare a seguito della sentenza della Corte di Lussemburgo. Ciò chiarisce, effettivamente, la posizione del Parlamento Europeo, incline alla creazione di un «visto d'asilo».

### 3. *Gli sviluppi successivi alla sentenza resa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso X. e X. c. Belgio*

Il Parlamento europeo, dopo un primo diniego, nel 2018 ha richiesto alla Commissione di avanzare una proposta legislativa circa la creazione di un titolo *ad hoc*, un visto che sia concepito appositamente per la richiesta di asilo e che si differenzi dal visto umanitario previsto dall'articolo 25<sup>41</sup>.

La Commissione sembra invece volersi ancora conformare alla sentenza *X e X* della Corte e ha risposto negativamente alla proposta del Parlamento, affermando che «it became apparent that it is politically not feasible to create a subjective right to request admission and to be admitted or an obligation on the Member States to admit a person in need of international protection»<sup>42</sup>.

In tal modo, il destino del visto umanitario finalizzato l'asilo resta a tutt'oggi incerto.

Tali proposte, tuttavia, lasciano aperti molti quesiti, relativi in particolare al regime giuridico che dovrebbe accompagnare tale tipologia di visto, così come all'applicazione di tale misura. Quest'ultima, infatti, dovrebbe essere inevitabilmente accompagnata dalla creazione di un sistema di accompagnamento e di accoglienza dei soggetti che hanno ottenuto il visto al fine di richiedere l'asilo nell'Unione europea. Lo stesso visto, inoltre, finirebbe col provocare una delo-

<sup>41</sup> Risoluzione del Parlamento europeo, *recante raccomandazioni alla Commissione concernenti i visti umanitari* (2018/2271(INL)), dell'11 dicembre 2018.

<sup>42</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Follow up to the European Parliament non-legislative resolution with recommendations to the Commission on Humanitarian Visas*, 1 aprile 2019 (2017/2270(INL)).

calizzazione della procedura di asilo, poiché le autorità diplomatiche sarebbero indotte ad esaminare preliminarmente se le condizioni del soggetto richiedente possano permettergli in un secondo momento di ottenere l'asilo. Le autorità diplomatiche, tuttavia, non sono *a priori* competenti per apprezzare tali condizioni. Dunque sarebbe necessario ripensare complessivamente la procedura di richiesta ma soprattutto di esame delle singole domande.

Per queste ragioni, in mancanza della possibilità di esternalizzare la domanda di asilo, la creazione del visto umanitario non dovrebbe essere altro che un titolo che permetterebbe di viaggiare legalmente verso l'Europa ai fini della presentazione della domanda di asilo, in circostanze specifiche di emergenza legate alla situazione di vulnerabilità delle persone che aspirano all'asilo, senza che questo pregiudichi l'esito finale della domanda di asilo inoltrata sul territorio di destinazione. Il visto contribuirebbe ad una gestione più efficace delle frontiere esterne dell'Unione europea ma soprattutto permetterebbe di ridurre le entrate irregolari all'interno dell'Unione.

Inoltre, l'Agenzia europea per i diritti fondamentali ha avanzato una proposta per agevolare l'ingresso dei soggetti richiedenti asilo attraverso i canali già esistenti di immigrazione «ordinaria»<sup>43</sup>, vista la carenza di altri strumenti specifici. La proposta avanzata mira quindi a applicare in maniera eccezionale gli schemi classici in materia di immigrazione attraverso il rilascio di visti per motivi di lavoro, salute, ricongiungimento familiare e studio. Secondo l'Agenzia questo permetterebbe non solo di ovviare alle lacune dell'attuale sistema di ingresso legale per i richiedenti asilo, ma porterebbe anche maggiori benefici in termini di integrazione degli stessi nella società dello Stato di accoglienza. In alcuni Paesi, come in Spagna, l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni promuove questo tipo di iniziative<sup>44</sup>. Sebbene tali iniziative possano rappresentare una soluzione o per lo meno un'alternativa all'insufficienza di vie legali di accesso al territorio europeo, esse si rivelano comunque altamente restrittive nella loro applicabilità, specialmente se rapportate ai contesti piuttosto precari

<sup>43</sup> EUROPEAN AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Legal entry channels to the EU for persons in need of international protection: a toolbox*, in *Focus*, 2015, n. 2.

<sup>44</sup> In Spagna, l'OIM promuove i programmi di rilascio dei visti per ragioni di lavoro per i cittadini stranieri provenienti dalla Colombia.



delle richieste d'asilo. In effetti, i soggetti in cerca di protezione umanitaria non hanno, spesso, legami con i Paesi di accoglienza. In questi casi, bisognerebbe, altrimenti, facilitare le procedure burocratiche, le quali si dimostrano già essere un ostacolo insormontabile per un gran numero di migranti ordinari. Questa soluzione, di difficile impegno, può comunque rappresentare una soluzione per un certo numero di richiedenti asilo.

È auspicabile la creazione di un sistema più compiuto, che preveda l'accompagnamento dei soggetti in possesso di visto umanitario, in modo da facilitare il raggiungimento da parte loro del territorio europeo, ciò che non è attualmente previsto ai sensi dell'articolo 25. L'adozione di una legislazione comunitaria che vada in tal senso permetterebbe inoltre di garantire una ripartizione più adeguata tra Stati membri, grazie alla determinazione di criteri per l'attribuzione del visto umanitario per l'asilo, che siano chiari e analoghi per tutti i Paesi membri e apporterebbe una maggiore chiarezza anche rispetto alla procedura, attualmente inesistente, di ricorso in occasione di diniego del rilascio del visto da parte delle rappresentanze all'estero. In effetti, questo aspetto contribuisce alla determinazione di un'incertezza giuridica nei soggetti richiedenti il visto.

Allo stesso modo, si attendono nuovi sviluppi sulla questione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

#### 4. *Sviluppi futuri in materia di visto umanitario e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

La Corte europea dei diritti dell'uomo è stata chiamata a pronunciarsi sul caso, ancora pendente, *M.N. e altri c. Belgio*<sup>45</sup>, presentato con ricorso del 10 gennaio 2018. Il caso presenta delle analogie fattuali con quello, prima citato, svoltosi di fronte alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in quanto interessa una famiglia siriana recatasi nell'ambasciata belga a Beirut per richiedere un visto con validità territoriale limitata, sul fondamento dell'articolo 25 del Codice visti Schengen, al fine di richiedere l'asilo una volta arrivata sul terri-

<sup>45</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 3599/18 introdotto il 10 gennaio 2018, *M.N. e altri c. Belgio*.

torio belga. Anche la procedura, sul piano interno, è del tutto simile; tuttavia, la procedura messa in atto dalla Corte di giustizia differisce da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, innanzitutto circa le competenze delle due Corti, l'una garante dell'applicazione dei trattati fondativi dell'Unione europea, l'altra del rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e in seguito circa la questione posta alla Corte di Strasburgo. Quest'ultima dovrà interpretare i fatti alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, se vi è violazione degli articoli 3, 6 e 13. Per di più, essa dovrà valutare la sussistenza della competenza *ratione loci* in conformità all'articolo 1 della Convenzione. Quest'ultima questione pone maggiore criticità in quanto i fatti non si sono svolti propriamente sul territorio di uno degli Stati contraenti.

L'applicazione della Convenzione è prima di tutto territoriale<sup>46</sup>. Tuttavia, la Corte ha riconosciuto in maniera del tutto eccezionale la possibilità di applicare la Convenzione in maniera extraterritoriale, in circostanze di cui sia riconosciuto l'esercizio del controllo o dell'autorità da parte dello Stato e in aree poste sotto il controllo effettivo di questi<sup>47</sup>. Tuttavia, il riconoscimento della giurisdizione con applicazione extraterritoriale rimane limitato. In effetti, nel caso precedentemente preso in esame e attualmente pendente dinnanzi alla Corte, bisognerebbe comprovare la giurisdizione dello Stato belga attraverso il controllo che le rappresentanze diplomatiche avrebbero esercitato sui richiedenti. Tale ipotesi potrebbe essere confutata dalla giurisprudenza della Corte in materia: in una sentenza del 2011<sup>48</sup> la Corte afferma che la giurisdizione dello Stato non è riconosciuta nei casi in cui siano contestate le azioni delle rappresentanze diplomati-

<sup>46</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 12 dicembre 2001, ricorso n. 52207/99, *Bankovic e a. c. Belgio e a.*

<sup>47</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 7 luglio 2011, ricorso n. 55721/07, *Al-Skeini e a. c. Regno Unito*.

<sup>48</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 14 febbraio 2011, ricorso n. 11987/11, *Adul Wahan Khan c. Regno Unito*, par. 25: «In the present case, where the applicant has returned voluntarily to Pakistan, neither of the two principal exceptions to territorial jurisdiction apply. This is particularly so when he does not complain about the acts of British diplomatic and consular agents in Pakistan and when he remains free to go about his life in the country without any control by agents of the United Kingdom».

che all'estero di uno degli Stati contraenti, poiché in tali circostanze il soggetto resta libero di circolare nel Paese e di conseguenza non è posto sotto l'influsso o il controllo diretto dello Stato. Tale situazione si pone sotto un profilo del tutto differente rispetto a quello di casi per i quali i soggetti si trovavano in situazione di controllo fisico e in cui la loro libertà di movimento era ristretta dal controllo delle forze dello Stato<sup>49</sup>, di cui è stata quindi riconosciuta la giurisdizione dello Stato contraente.

Secondo la Corte, quindi, non è opportuno distinguere le circostanze in cui un soggetto si è allontanato volontariamente dalla giurisdizione di uno Stato contraente da quelle in cui il soggetto non vi sia mai stato sottoposto. Inoltre, è interessante prendere in considerazione la recente sentenza della Corte *N.D. e N.T. e a. c. Spagna*<sup>50</sup>, sebbene si ponga in circostanze fattuali differenti, e cioè l'espulsione di alcuni cittadini da Melilla; in tale ultimo caso, la Corte non ha ritenuto necessario valutare se effettivamente i ricorrenti si trovassero sul territorio marocchino o spagnolo, reputando sufficiente, ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Spagna, il controllo da parte di quest'ultima delle autorità autrici del respingimento verso il Marocco al confine con l'enclave di Melilla. La Corte in questo modo apporta un'interpretazione estensiva della nozione di giurisdizione e questo lascia pensare ad un suo rinnovato approccio rispetto all'interpretazione più restrittiva adottata in passato. Essa infatti reputa che il controllo delle guardie è stato sufficientemente continuo e esclusivo, almeno *de facto*. In effetti, secondo la giurisprudenza più risalente della Corte il controllo per essere effettivo e continuo doveva essere reale. Tuttavia, queste sentenze non permettono di prevedere il giudizio della Corte dacché in materia di applicazione extraterritoriale non si è stabilita una giurisprudenza organica e uniforme<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Ad esempio nel caso Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 marzo 2010, ricorso n. 61498/08, *Al-Saadoon e Mufhti c. Regno Unito*, i soggetti erano detenuti, sebbene sul territorio iracheno, ma sotto il controllo delle autorità britanniche.

<sup>50</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 13 febbraio 2020 ricorso n. 8675/15 e 8697/15, *N.D e N.T c. Spagna*.

<sup>51</sup> Opinione separata del giudice Bonello, caso Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., par. 4: «La jurisprudence de la Cour relative à l'article 1 de la Convention (jurisdiction des Etats contractants)

Ad ogni modo, e in particolare stando alla sentenza del 2011 in materia di applicazione agli organi diplomatici, la possibilità di riconoscimento della giurisdizione dello Stato belga nel caso pendente davanti alla Corte sembra alquanto remoto. Inoltre, qualora la Corte si pronunciasse positivamente circa la sua competenza, ammetterebbe un'applicazione estensiva dell'articolo 1 della Convenzione e del concetto di giurisdizione e ad un ampliamento forzato della portata giuridica della norma. Si potrebbe altresì considerare la possibilità di riconoscere la giurisdizione dello Stato belga attraverso le procedure che sono state intraprese sul piano interno davanti all'*Office des étrangers*. Tuttavia, la Corte non ammette il riconoscimento della giurisdizione attraverso le procedure di ricorso, che pone la persona in «legame giuridico» con lo Stato, senza pertanto stabilire un «legame giurisdizionale»<sup>52</sup>.

Qualora la Corte riconoscesse la sua competenza, dovrebbe pronunciarsi sulle questioni di merito. È interessante analizzare, in particolare, la domanda posta dai richiedenti circa l'esistenza di un obbligo positivo per gli Stati di rilascio del visto umanitario in circostanze di rischio di tortura o trattamenti inumani e degradanti secondo l'articolo 3 della Convenzione. In effetti, la Corte ha precedentemente riconosciuto un obbligo positivo per gli Stati contraenti, derivante dall'articolo 3, di prendere misure al fine di evitare situazioni di tortura<sup>53</sup>. D'altronde, il riconoscimento di rilascio di visti umanitari in circostanze di pericolo legate alla tortura avvalorava la tesi sostenuta dall'Avvocato generale Mengozzi nel caso *X e X*, dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, il quale proponeva, per l'appunto, di rivalutare la nozione di ragioni umanitarie quali criterio di apprezzamento della situazione di eccezionalità che permette di rilasciare un visto secondo l'articolo 25 del Codice visti Schengen. Dopo il rifiuto

a toujours pâti d'une incapacité ou d'une réticence à établir un régime cohérent et axiomatique reposant sur de grands principes et applicable uniformément à tous les types possibles de différends en la matière».

<sup>52</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 14 dicembre 2006, ricorso n. 1398/03, *Markovic e altri c. Italia*.

<sup>53</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 10 maggio 2001, ricorso n. 29392/95, *Z. e altri c. Regno Unito*, par. 73; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 13 dicembre 2012, ricorso n. 39630/09, *El-Masri c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, par. 98.

della Corte di giustizia, spetta alla Corte europea posizionarsi sul rispetto dei diritti umani in tali circostanze. Un'eventuale risposta negativa permetterebbe una rinnovata riflessione sul visto umanitario, sebbene l'interpretazione del diritto comunitario spetti alla Corte di giustizia in maniera esclusiva.

##### 5. *Declinazioni del visto umanitario in programmi nazionali di accesso legale al territorio*

Al di là dello strumento del visto umanitario, l'articolo 25 del Codice visti Schengen ha permesso di istituire altri canali di regolazione dell'immigrazione ai fini della domanda di asilo. È necessario dapprima ricordare che al di là delle iniziative europee o dei singoli Stati membri, al livello internazionale si è compresa l'importanza di istituire canali di accesso regolare al territorio del Paese di accoglienza nelle situazioni di urgenze umanitarie quali possono essere quelle dei richiedenti asilo, anche come mezzo di contrasto alle perdite di vita in mare o al rischio di finire nella rete di organizzazioni criminali coinvolte nella tratta e nel traffico di esseri umani. Una consapevolezza che si riscontra inoltre nei recenti testi della Dichiarazione di New York su migranti e rifugiati del 2016, presa dall'Assemblea Generale dell'ONU e del Patto mondiale per i rifugiati del 2018 che richiamano entrambi al necessario consolidamento di tali programmi nonché alla loro espansione<sup>54</sup>; tra questi il visto umanitario ricopre il ruolo di strumento permettente l'accesso legale dei richiedenti asilo nel Paese di accoglienza, anche se esso non dà luogo a programmi più strutturati. La stessa Commissione europea nell'Agenda europea per le migrazioni del 2015 ha incoraggiato gli Stati membri in questo senso<sup>55</sup>.

In Italia, la Comunità di Sant'Egidio, in collaborazione con altre associazioni, ha firmato un protocollo d'intesa con il Ministro dell'In-

<sup>54</sup> UNHCR, *La Dichiarazione di New York incoraggia l'adozione di riforme a sostegno dei rifugiati e delle comunità ospitanti nell'ambito di un nuovo quadro d'azione*, del 15 settembre 2017.

<sup>55</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Agenda europea in materia di migrazione*, Bruxelles, 13 maggio 2015, p. 6.

terno nel 2015<sup>56</sup>, al fine di istituire dei corridoi umanitari. Il protocollo, prorogato nel 2018, ha creato delle vie di accesso legali per i richiedenti asilo provenienti da Marocco e Libano, improntate sul sistema di reinsediamento messo in atto dall'Alto commissario per i rifugiati: il sistema prevede in effetti che membri della comunità Sant'Egidio si rechino nei *contact points* tenuti dall'HCR, nei quali gruppi di richiedenti asilo sono collocati in attesa di partire in Italia. Tuttavia, il Ministero dell'Interno deve dapprima approvare la lista di persone candidate all'ingresso, per poi inviarla alle ambasciate e consolati per il rilascio del visto umanitario al fine di accedere al territorio italiano.

Questo sistema è servito da modello per altri Paesi europei, quali Francia e Belgio, che hanno a loro volta creato dei corridoi umanitari.

Tuttavia, i vari sistemi previsti a livello privato o dagli Stati membri dell'Unione europea restano lacunosi e non permettono di ovviare all'arginamento dell'afflusso di migranti alle porte dell'Europa, poiché sono essi stessi dei programmi specifici che coinvolgono una ristretta cerchia di cittadini stranieri, molto spesso in situazioni di eccezionale vulnerabilità, e si fondano su collaborazioni, spesso difficili da instaurare in materia, con Paesi terzi.

## 6. *Conclusioni*

L'utilizzo dell'articolo 25, almeno fino alla sentenza della Corte di giustizia del 2017, ha dato luogo ad un'applicazione disparata da parte degli Stati membri dell'Unione europea, la quale, al riguardo, è sempre più divisa, dal momento che alcuni programmi di accesso legale al territorio europeo, creati prima del 2017, si fondano su tale articolo.

Tuttavia, l'interpretazione della Corte di giustizia ha avuto l'effetto di restringere la portata dell'articolo 25, la cui applicazione dovrà essere riservata, quindi, a situazioni di urgenze mediche, che escludono tutti quei soggetti bisognosi di protezione internazionale.

Il dibattito avviato in seno alle istituzioni europee mira alla crea-

<sup>56</sup> Technical protocol for the implementation of the project «opening humanitarian of corridors», 15 dicembre 2015.

zione di un «visto d'asilo»<sup>57</sup> e allo stesso tempo al contrasto di tentativi di «asylum shopping» e movimenti secondari<sup>58</sup>. Tuttavia, il disaccordo tra il Parlamento e la Commissione europea ha portato ad uno stallo sul processo di creazione di uno strumento *ad hoc*.

L'attesa sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo potrebbe quantomeno addurre chiarimenti circa la compatibilità dell'utilizzo di tale strumento con le garanzie convenzionali in materia di diritti dell'uomo, anche se l'esito della pronunzia appare dubbioso, tenendo conto dell'ostacolo rappresentato dalla presunta assenza di giurisdizione dello Stato convenuto.

In conclusione, il futuro del visto umanitario appare, quindi, incerto e ciò è deplorabile poiché esso rappresenterebbe uno strumento efficace per ordinare i flussi ma soprattutto ripartire i richiedenti asilo tra gli Stati membri e concretizzare le politiche europee di asilo, fondate sulla solidarietà tra i membri dell'Unione europea.

<sup>57</sup> F.L. GATTA, *La «saga» dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, in *dirittifondamentali.it*, 2019, n. 1.

<sup>58</sup> Commissione europea, *From the Commission to the European Parliament and the Council towards a reform of the Common European Asylum System and Enhancing legal avenues to Europe*, del 6 aprile 2016, COM(2016) 197 final.

*Abstract*IL VISTO UMANITARIO NELL'AMBITO  
DELL'UNIONE EUROPEA

L'articolo 25 del Codice visti Schengen prevede il rilascio di un visto in circostanze eccezionali; tuttavia, la recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha messo in luce la necessità di introdurre un titolo *ad hoc*, al fine di aprire una via legale e regolare per l'accesso al territorio europeo in vista della richiesta d'asilo, permettendo di armonizzare le politiche europee in materia.

THE HUMANITARIAN VISA WITHIN  
THE EUROPEAN UNION

Article 25 of the Schengen Visa Code provides for the issue of a visa in exceptional circumstances; however, the recent ruling of the Court of Justice of the European Union has highlighted the need to introduce an *ad hoc* title, in order to open a legal and regular way for access to European territory in view of the asylum request, allowing to harmonize European policies in this area.





## CONCLUSIONI

*Ruggiero Cafari Panico\**

SOMMARIO: 1. Lo SLGS a vent'anni da Tampere nelle relazioni presentate al convegno. – 2. Considerazioni sparse sul fenomeno migratorio e sul dialogo giudiziario fra le Corti. – 3. Riflessioni conclusive.

### 1. *Lo SLGS a vent'anni da Tampere nelle relazioni presentate al convegno*

Il convegno internazionale di studi, promosso dalla Rivista *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, che nei giorni 18 e 19 ottobre 2019 si è tenuto presso l'Università degli Studi di Salerno, per iniziativa della prof.ssa Angela Di Stasi, in collaborazione con il gruppo di interesse della Società Italiana di Diritto Internazionale e dell'Unione Europea, ha fornito l'occasione per una valutazione, da molteplici angolature, del cammino percorso da quando, venti anni or sono, nell'ottobre 1999, il Consiglio europeo di Tampere, in una riunione straordinaria, gettò le basi per la creazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLGS), divenuto, con il Trattato di Lisbona, obiettivo prioritario del mercato interno.

Nell'attuale contesto, in cui il progetto di integrazione conosce un significativo rallentamento, segnato sul piano esteriore dall'uscita di uno dei suoi membri più autorevoli, il Regno Unito, è lecito chiedersi se ad essere posto in discussione non sia lo stesso sistema dell'Unione, di cui lo SLGS è ora elemento fondante insieme al mercato interno, costituendo entrambi il terreno su cui si realizzano e si manifestano i valori, i principi e i diritti fondamentali della stessa Unione.

Nella presentazione del convegno, la prof.ssa Angela Di Stasi ha sottolineato la tenuta complessiva del sistema delineato a Tampere e ulteriormente perfezionato nel Trattato di Lisbona, che tuttavia richiede un continuo bilanciamento degli interessi sovranazionali e di

\* Professore ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea – Università degli Studi di Milano “La Statale”.

quelli dei singoli Stati membri, reso possibile da un dialogo ininterrotto fra le Corti di detti Stati e la Corte di giustizia. Per trovare il giusto equilibrio fra le diverse istanze, come sottolineato dalla prof.ssa Lina Panella, si impone la ricerca di una collaborazione multilivello in uno spirito di reciproca fiducia.

I lavori si sono articolati, il primo giorno, in quattro sessioni. I relatori della prima sessione (prof.ssa Maria Caterina Baruffi e prof. Tommaso Rafaraci), coordinata dalla prof.ssa Lucia Serena Rossi, giudice presso la Corte di giustizia dell'Unione europea, hanno affrontato il tema della cooperazione giudiziaria.

Lo SLSG, come espressione di vitalità del sistema dell'Unione, in cui i principi fissati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta) si esplicano e si precisano, generando un fenomeno di *spill over* che si riverbera al di là dei confini dello Spazio stesso, è stato al centro della analisi introduttiva compiuta dalla prof.ssa Lucia Serena Rossi. In particolare, è stata presa in esame la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Popławski 2* (sentenza del 24 giugno 2019, causa C-573/17), sul mandato d'arresto europeo, dove è stato precisato l'ambito del principio del primato del diritto unionale. L'obbligo, per un giudice nazionale, di disapplicare una norma del suo diritto interno confliggente con una disposizione del diritto dell'Unione, pur se derivante dal primato riconosciuto a quest'ultimo, è tuttavia condizionato dall'effetto diretto della suddetta disposizione nella controversia di cui il giudice interno è investito.

Nel caso di specie si trattava di una decisione quadro (2002/584) adottata sul fondamento dell'*ex* terzo pilastro e priva di effetto diretto dalla quale discende tuttavia, in capo alla autorità nazionale, non un obbligo di disapplicazione della norma interna confliggente quanto piuttosto un pari obbligo di interpretazione di detta norma quanto più possibile conforme al diritto dell'Unione, in modo da giungere ad un risultato compatibile con quello perseguito dalla decisione quadro in oggetto.

È del tutto evidente, ad avviso della Relatrice, che il portato di tali affermazioni, volte a conseguire comunque la piena efficacia del diritto dell'Unione, non potrà non riverberarsi sull'interpretazione della Carta, divenuta parametro necessario di confronto ogniqualvolta la disciplina dello SLSG interferisca con i diritti individuali, anche se priva di efficacia diretta.

Il risultato è la ricerca da parte del giudice adito di un punto di equilibrio fra i diversi interessi in gioco, che sia frutto di un bilanciamento tra il principio della mutua fiducia e i diritti fondamentali della persona, da compiere caso per caso sulla base di un test di proporzionalità.

Il bilanciamento dell'interesse fondamentale del minore con altri principi fondamentali affermati in ambito europeo è stato oggetto dell'intervento della prof.ssa Maria Caterina Baruffi, in tema di cooperazione giudiziaria nel settore della famiglia. Stabilito a livello internazionale dall'art. 3 della Convenzione ONU del 1989 sui diritti del fanciullo, il principio della preminente tutela del minore non solo ha plasmato le previsioni contenute negli strumenti internazionalprivatistici elaborati dalla conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato e dalle Istituzioni dell'Unione europea, ma ha anche guidato gli organi giurisdizionali nella loro applicazione. Al riguardo l'esame della prassi giurisprudenziale mostra come il superiore interesse del minore sia comunque destinato a prevalere anche quando necessariamente debba essere bilanciato con altri principi, quali la libera circolazione delle decisioni, la certezza del diritto, la continuità con vari strumenti internazionali a tutela dei minori e con il rispetto dei diritti fondamentali di altri soggetti, così come sanciti dalla Carta.

Sul dialogo di metodo, necessario e imprescindibile, che si è instaurato fra la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) in merito alla tutela dei diritti riconosciuti nello SLSG, si è soffermato il prof. Tommaso Rafaraci, il quale ha riconosciuto nel principio del *ne bis in idem* il crocevia delle varie problematiche insorte dinanzi alla Corte di giustizia, fin dall'avvio della costruzione dello Spazio di giustizia, specie con riguardo al mandato d'arresto europeo. Con le stesse questioni si è confrontata la Corte EDU, chiamata a risolvere, nel caso *Grande Stevens* (sentenza del 4 marzo 2014) il problema del doppio binario sanzionatorio. Pur nelle differenze sussistenti fra la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e la Carta, dove non compare una gerarchia dei diritti, il principio del *ne bis in idem* rappresenta un terreno di dialogo fruttuoso fra le due Corti, nel comune convincimento che, in un'ottica di proporzionalità, detto principio possa divenire lo strumento contro possibili abusi da parte degli Stati.

La tutela *multilevel* dei diritti fondamentali è stata al centro degli interventi della seconda sessione presieduta dal dott. Guido Raimondi, già Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, il quale, nell'introdurre le relazioni della prof.ssa Luisa Cassetti, del prof. Giovanni Cellamare e del prof. Armando Lamberti, ha sottolineato la vitalità dello SLSG, già richiamata dalla prof.ssa Lucia Serena Rossi, quale fattore di integrazione e di promozione della tutela dei diritti fondamentali, rinvenendo in ciò le ragioni dei successi conseguiti. Il prossimo traguardo è la ricerca di una armonia di soluzioni nei due sistemi dell'Unione e della CEDU, mediante un dialogo tra le due Corti che si articoli sui temi del mutuo riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali. Esempi di tale atteggiamento, aperto al confronto fra i diversi ordini di norme, sono sia la ripresa di contatti per una possibile adesione dell'Unione europea alla CEDU, sia l'invito rivolto alla Corte di giustizia dalla Corte di Strasburgo a non dimenticare la funzione svolta, nei rapporti fra i due sistemi, dall'art. 52, co. 3 della Carta, destinato ad assicurare la necessaria coerenza interpretativa laddove la Carta stessa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU.

Il rapporto fra i diversi livelli di tutela dei diritti all'interno dell'Unione è stato invece discusso nell'intervento della prof.ssa Luisa Cassetti, secondo la quale, nel confronto fra le fonti europee e quelle costituzionali, va privilegiato il ruolo prioritario della Corte Costituzionale, che, con la sentenza del 14 dicembre 2017, n. 269, seppur non espressamente richiesta di esprimersi sul punto, ha ritenuto necessario delineare i confini dei rispettivi sistemi, interno ed europeo, ogniqualvolta vengano in considerazione i diritti fondamentali sanciti nella Carta.

Questa visione sistemica, che sottende di fatto una concezione dualista del rapporto fra gli ordinamenti, consente alla Relatrice di sottolineare, da un lato, la differenza con il sistema di Strasburgo, privo di una connotazione ordinamentale, e di sottolineare, dall'altro, il cammino percorso dalla Corte di giustizia nel processo di integrazione attraverso una progressiva valorizzazione del portato della Carta, specie nell'ambito delle garanzie sociali, di cui all'articolo 31, derivandone un nucleo di principi essenziali, una sorta, cioè, di nocciolo duro, che si impone sulla normativa derivata, oltre che su

quella nazionale. È il caso, ad esempio, del diritto alle ferie annuali retribuite cui è stato riconosciuto un effetto diretto orizzontale (così, Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max Planck*). Rispetto a tale processo, la Corte di giustizia ha assunto un atteggiamento di *self restraint*, tipico degli organi costituzionali, da un lato, demandando al legislatore (europeo) il compito di riempire lo spazio normativo creatosi con l'affermazione dei principi, e, dall'altro, mostrando un particolare attivismo giurisprudenziale, riconoscendo effetto diretto alle direttive laddove per loro tramite si esprimano i diritti essenziali di cui all'articolo 31, a conferma di quel parallelismo che si è instaurato fra i due sistemi, europeo e nazionale.

La conseguenza, una volta esteso l'ambito di esame oltre i diritti sociali, è che, dovendosi collocare la tutela al livello più confacente, quello costituzionale diviene il livello prioritario di valutazione, potendosi giovare di un sistema organico di garanzie. Quella rivendicata dalla Corte Costituzionale rispetto alla primazia del diritto dell'Unione non sarebbe dunque una predominanza assiologica, fatta invece valere nei confronti del sistema CEDU, bensì una priorità di scelta dei parametri di riferimento, in un confronto continuo fra le diverse fonti, di modo che quella europea interagisca su un piede di parità con quella costituzionale, venendo in tal modo, per così dire, anch'essa costituzionalizzata, in uno spirito di leale collaborazione.

Il prof. Giovanni Cellamare si è occupato della politica in materia di rimpatrio, che si pone al centro della disciplina della immigrazione e dell'asilo, la cui armonizzazione è essenziale per il funzionamento del sistema creato dall'Unione europea. Dato atto della continua tensione fra l'esercizio da parte degli Stati dei loro poteri sovrani e l'esigenza di tutela delle posizioni individuali, l'attenzione del Relatore si è soffermata in particolare sulla figura dell'immigrato irregolare e del suo trattamento in quei casi in cui, accertata la irregolarità della presenza nel territorio dello Stato, non sia possibile il suo rimpatrio. Ampia rimane al riguardo la discrezionalità del singolo Stato, cui è lasciata la possibilità di procedere alla regolarizzazione caso per caso, ma alcuni principi possono essere enucleati, quali quelli relativi alle prestazioni sanitarie e alla educazione dei minori. A questo riguardo è stata presa in esame la portata dell'art. 14 della direttiva 2008/115, del 16 dicembre 2008 (direttiva rimpatri), che configura un nucleo

essenziale di diritti da tutelare, come confermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Abdida*, del 18 dicembre 2014 (causa C-562/13). Il necessario rispetto della dignità umana diviene così il parametro di riferimento per l'individuazione dei diritti fondamentali da garantire all'immigrato irregolare.

Il tema del rapporto tra libertà di informazione e forma di Stato democratico è stato affrontato nel contributo del prof. Armando Lamberti, in una prospettiva di tutela multilivello dei diritti fondamentali. L'analisi è stata condotta muovendo dalla nozione costituzionale di libertà di informazione, per poi soffermarsi sulla disciplina tanto internazionale quanto sovranazionale, con particolare riguardo alla Carta, alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia e alla CEDU, unitamente alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Le considerazioni sono state svolte prestando attenzione alle sfide poste dalla nuova realtà digitale, in cui la diffusione, ad esempio, delle *fake news* evidenzia altrettanto nuovi problemi. Tutto ciò senza dimenticare il possibile impatto di Internet sulle stesse forme di *e-democracy*, ovvero di democrazia diretta in contrapposizione a quella rappresentativa, certamente ora in crisi, ma sicuramente meritevole di essere salvaguardata pur con gli opportuni correttivi.

Nell'introdurre la terza sessione, il prof. Roberto Mastroianni, giudice del Tribunale dell'Unione europea, ha approfondito il rapporto fra lo SLSG e l'ordinamento italiano, con riguardo, in particolare, alle fonti di diritto interno che consentono il recepimento del diritto dell'Unione. Ad essere oggetto di attenzione è il meccanismo della legge di delegazione europea, dove sempre maggior spazio è dedicato al recepimento della normativa sullo SLSG, anche attraverso la delega al Governo, come avvenuto con la legge di delegazione europea del 4 ottobre 2019, n. 117, al fine di consentire il sollecito adeguamento a direttive già scadute, nonché, per quanto concerne il mandato d'arresto europeo, anche la modifica della normativa vigente. In quest'ultimo caso risulta evidente l'utilizzo anomalo della delega, quando invece più correttamente la modifica sarebbe dovuta avvenire per il tramite della legge europea, che insieme alla legge di delegazione rappresenta uno dei due strumenti di adeguamento all'ordinamento dell'Unione europea previsti dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234.

Sul concorso fra le fonti dei vari ordinamenti, internazionale, europeo ed interno, è intervenuto il prof. Giandonato Caggiano, riferendosi, in particolare, alla questione del salvataggio in mare e del provvedimento di chiusura dei porti adottato dal nostro Paese. Se infatti la fonte primaria della disciplina della sicurezza in mare è rintracciabile nel diritto internazionale pattizio (Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, di Montego Bay, del 10 dicembre 1982), la conseguenza è che i principi in essa sanciti si impongono anche sulla disciplina dettata dal nostro ordinamento col c.d. Decreto sicurezza *bis* (decreto legge 14 giugno 2019, n. 53), limitandone l'applicazione. Un ulteriore termine di riferimento per valutare la legittimità delle misure adottate dal nostro Paese in merito alla interdizione all'ingresso nelle acque territoriali è rintracciabile nella disciplina dettata in sede di Unione europea, specie con riguardo alla procedura Frontex, basata sul principio del porto più vicino, che tuttavia ha presentato difficoltà di funzionamento. La conclusione è che ogni misura di chiusura dei porti presenta profili di incompatibilità col diritto vuoi internazionale vuoi dell'Unione europea.

Il percorso compiuto nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile negli ultimi venti anni, a partire dal Consiglio europeo di Tampere, è stato oggetto della relazione della prof.ssa Alessandra Zanobetti, che ha evidenziato il cambio epocale di prospettiva intervenuto nel diritto internazionale privato e processuale. Il tratto più significativo è il ruolo residuale oggi attribuito alle norme di diritto interno, che soffrono peraltro dell'assenza di un adeguato coordinamento con quelle di matrice europea. Poche le eccezioni, in un contesto generale caratterizzato da una disciplina europea estremamente frammentata in regolamenti distinti, dove compaiono per di più meccanismi di *opt in* e *opt out* che rendono il quadro normativo di riferimento estremamente eterogeneo e "a macchia di leopardo". Il nuovo assetto, pur con le sue criticità, risulta tuttavia funzionale al principio del mutuo riconoscimento, che implica un necessario ravvicinamento fra gli ordinamenti dei paesi membri, essenziale per il conseguimento di quella fiducia reciproca che è alla base del nuovo ruolo assegnato alle regole di diritto internazionale privato, quale garanzia del rispetto dei diritti del singolo e della continuità degli *status*.



Il dott. Francesco Rotondo, recando il contributo della propria esperienza di magistrato, si è interrogato sulle linee di tendenza emerse in relazione alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, avendo riguardo all'ordinamento italiano. Sono note infatti le tensioni insorte nel rapporto fra i due ordinamenti, interno ed europeo, in merito sia all'istituzione della Procura europea, la cui piena operatività rappresenta una grande sfida per il sistema penale dei paesi membri, sia alla vicenda Taricco, in tema di prescrizione dei reati. La Corte di giustizia ha individuato nell'art. 325 TFUE, e non nell'art. 83 TFUE, la base legale delle iniziative per la lotta alle frodi, ponendo così termine ad un contrasto interpretativo che non ha di certo favorito l'efficacia dell'azione di contrasto alle frodi a danno dell'Unione. Non meno rilevante è risultato l'apporto della giurisprudenza della Corte EDU. Al riguardo, è stato ricordato come le sezioni unite della Cassazione, con la decisione del 10 ottobre 2019, n. 41736, nel caso *Bajrami*, abbiano innovato, proprio sulla base di quella giurisprudenza, il principio di immutabilità del giudice.

L'ultima sessione, dedicata al dialogo giudiziario tra le Corti, è stata introdotta dal dott. Raffaele Sabato, giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha sottolineato l'attualità e al contempo la complessità dei temi trattati.

I diritti fondamentali, nella prospettiva del dialogo tra la Corte di giustizia e la Corte Costituzionale, sono stati al centro della relazione del prof. Ugo Villani che, riprendendo il filo del discorso avviato in alcuni degli interventi precedenti, si è soffermato sulla progressiva evoluzione del rapporto fra le due Corti, cui si è accompagnata la altrettanto progressiva trasformazione dell'Unione europea in una realtà politica sempre più ricca di riferimenti normativi alla tutela dei diritti fondamentali. I controlimiti hanno sempre rappresentato un elemento essenziale di questo confronto fra l'ordinamento europeo e quello statale, talvolta evocati, ma mai in realtà utilizzati, fino ai tempi più recenti, avendo essi come fine quello di richiamare, sempre in una logica di dialogo e mai di scontro, l'attenzione sull'esigenza di tutelare ai vari livelli ordinamentali i diritti fondamentali, stante la diversa accezione e portata che essi possono assumere in ciascuno di essi. A coniare per primo il termine controlimiti, come ha ricordato il Relatore, fu il prof. Paolo

Barile, in uno scritto dei primi anni '70, in una ricostruzione che prendeva le mosse dalla lettura dell'art. 11 della Costituzione, destinato ad operare nei riguardi del sistema (allora) comunitario in entrambi i sensi, in quanto alla limitazione di sovranità dello Stato corrisponderebbe una possibile limitazione del diritto di matrice europea, come già evidenziato *in nuce* dalla Corte Costituzionale nella sentenza *Acciaierie San Michele*, del 1965, in un'ottica sempre comunque di dialogo e non di scontro, volta a favorire l'evoluzione dei rapporti fra i due sistemi. L'attenzione si è concentrata quindi sulla ricostruzione delle ultime vicende che hanno portato all'*obiter dictum* della sentenza della Corte Costituzionale 169/2017, che pare riportare il quadro giuridico indietro al lontano 1975, ai tempi, cioè, della sentenza *Industrie chimiche (ICIC)*.

Con una serie di decisioni (tre sentenze ed una ordinanza), nel corso del 2019 la Corte Costituzionale ha sicuramente “corretto il tiro”, senza però giungere ad una parola conclusiva sulla questione della pregiudiziale di costituzionalità. Indubbiamente positiva e in parte innovativa è poi la riaffermazione contenuta in dette pronunce della opportunità del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in ogni circostanza e non unicamente “per altri profili”, come indicato nella precedente giurisprudenza. L'opinione del prof. Ugo Villani è quindi che, grazie anche al richiamo alle tradizioni costituzionali comuni come strumento per superare eventuali contrasti interpretativi, si sia da ultimo ricostituito quello spirito di dialogo costruttivo fra le due Corti che può consentire, in un civile dibattito, di risolvere le questioni ancora aperte, una volta preso atto della forte volontà della Corte Costituzionale di svolgere un ruolo più attivo che in passato nella salvaguardia dei diritti fondamentali.

Il tema del dialogo tra le Corti a seguito della saga *Taricco* è stato ripreso e approfondito dalla dott.ssa Valeria Picone, consigliere di Cassazione, che, mettendo a frutto l'esperienza maturata quale referente della Rete fra le Corti Supreme Europee, ha contribuito al dibattito svolgendo alcune considerazioni sul rapporto che le Corti Supreme stabiliscono sia tra loro, in ambito nazionale e nel sistema multilivello, sia con quelle sovranazionali, in particolare con Corte di giustizia e la Corte EDU. Secondo la Relatrice, il rapporto fra le diverse Corti Supreme e fra le diverse fonti di diritti (europee, inter-

nazionali e nazionali) non può essere inteso in termini di gerarchia, ma di dialogo. A consentire l'espansione della tutela dei diritti fondamentali è stato infatti proprio il rapporto sinergico fra le Corti che devono a tal fine avvalersi di strumenti ermeneutici diversi da quelli usuali per superare le antinomie che ancora sussistono. In questa prospettiva, che investe sia il rapporto coi giudici comuni sia quello con la Corte di giustizia, non va dimenticato che spetta alla Corte Costituzionale determinare il corretto bilanciamento tra regole, principi e valori.

L'applicazione della Carta ha avuto un significativo impatto sul funzionamento di questo meccanismo, rischiando di «inceppare» il dialogo in corso e ponendo in luce le criticità dell'equilibrio faticosamente raggiunto fra la Corte Costituzionale e la Corte di giustizia. Di qui la ricerca di soluzioni alternative alla disapplicazione delle norme interne confliggenti con quelle dell'Unione, mediante il sempre più esteso ricorso, in specie da parte della Corte di Cassazione, allo strumento ermeneutico della interpretazione conforme. Una soluzione efficace non può peraltro prescindere da un dialogo diretto e prodromico fra le Corti tramite la rete delle Corti Supreme che vede la partecipazione, oltre che della Corte di giustizia, anche della Corte EDU, che così può avvalersi del contributo delle giurisdizioni nazionali in uno sforzo comune per costruire quella Europa dei giudici che è alla base dello SLSG.

Ha chiuso le presentazioni della giornata il prof. Pablo Antonio Fernández Sánchez, che, riprendendo i temi già trattati dai prof. Giandonato Caggiano e Giovanni Cellamare, ha condotto un'analisi della giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo in tema di tutela dei diritti umani nel caso di immigrazione irregolare. I diritti umani dello straniero irregolare vengono così considerati alla luce della disciplina del diritto internazionale consuetudinario che riconosce allo Stato la prerogativa sovrana di porre condizioni all'ingresso e al soggiorno di stranieri, così come la possibilità di espellere coloro che si trovano in una situazione di irregolarità. Un limite alle prerogative statali viene tuttavia posto da una pluralità di fonti di matrice sia internazionale sia europea, dalle quali è possibile individuare un "nucleo minimo" di diritti garantiti in capo agli stranieri anche irregolari. Nella identificazione, non sempre agevole, di tali diritti,

un ruolo fondamentale è svolto dalla CEDU che, nell'obbligare le Parti contraenti a riconoscere i diritti e le libertà in essa enunciati, non distingue fra cittadini e stranieri e fra regolari e irregolari. Da tali diritti sono esclusi comunque quelli politici e in larga misura quelli sociali, anche se proprio la Corte di giustizia ha progressivamente esteso anche taluni di tali diritti agli immigrati irregolari, facendo leva sul concetto di dignità umana. Proprio il rispetto della dignità umana rappresenta infatti l'elemento di valutazione anche nelle ipotesi di espulsione degli immigrati, dovendo il relativo diritto prevalere nei riguardi del soggetto in posizione di irregolarità in uno Stato dell'Unione. L'immigrato irregolare risulta perciò comunque titolare di un nucleo di diritti generici, anche sociali, che la Corte di Strasburgo ha progressivamente definito e precisato.

La seconda giornata di lavori si è articolata in due sessioni di workshop, di cui la prima dedicata all'esame di profili particolari del "sistema-giustizia" italiano, mentre nella seconda sono state esaminate le prospettive future dello SLSG alla luce delle sue "realizzazioni e criticità".

Dopo l'introduzione del dott. Franco Roberti, membro del Parlamento europeo, è intervenuto il dott. Giovanni Diotallevi, presidente di sezione della Corte di Cassazione, il quale si è occupato del ruolo fondamentale svolto in ambito penale dal principio del mutuo riconoscimento in relazione allo svolgimento di attività istruttorie. Il perseguimento dell'obiettivo della "libera circolazione della prova" richiede tuttavia il convergere dei vari sistemi giudiziari verso la condivisione di un sistema di garanzie minime per l'imputato. Di qui l'importanza assunta dall'ordine europeo d'indagine penale (OEI) che ha sostituito le rogatorie nella raccolta transnazionale delle prove nei rapporti tra i paesi membri dell'Unione che hanno recepito la direttiva 2014/41. Individuati i punti critici del nuovo strumento giuridico, alla luce anche delle prime pronunce giurisprudenziali, il Relatore ha sottolineato il valore assunto in sede di applicazione dalla attività ermeneutica volta a coniugare la tendenziale universalità dei diritti con le specifiche situazioni storicamente formatesi nei vari paesi.

Sempre su temi di diritto processuale penale relativi, in particolare, alla Procura europea, si è intrattenuto il prof. Luigi Kalb, rilevando i profili problematici della avvenuta istituzione della Procura eu-

ropea. Dopo aver ricostruito il lungo e complesso *iter* che ha portato a tale significativo successo sul piano della cooperazione giudiziaria in campo penale tra i paesi membri, il Relatore si è soffermato, in particolare, sulla legittimazione ed operatività della Procura nel settore della lotta ai reati finanziari, descrivendone la struttura, specie con riguardo alle attività investigative sul piano anche transnazionale. Il prof. Kalb ha così rilevato talune criticità relative soprattutto alla centralità nel procedimento del diritto nazionale, sottolineando i numerosi interventi di coordinamento e di adeguamento ancora da effettuare ai fini di un completo e corretto funzionamento della Procura europea.

L'esame dei principali strumenti di diritto processuale eurounitario, relativi sia alla circolazione delle decisioni sia alla determinazione del giudice nazionale competente a conoscere delle controversie transfrontaliere, è stato oggetto del contributo del dott. Franco De Stefano, consigliere della Corte di Cassazione. Preso atto del superamento del meccanismo dell'*exequatur* sulla base del principio del mutuo riconoscimento, il Relatore ha sottolineato l'importanza per il corretto funzionamento del sistema così creato di progetti come quello noto sotto l'acronimo IC2BE (informed choices in cross border enforcement), relativo ad uno scambio di informazioni fra gli operatori del diritto. Sul piano della competenza giurisdizionale, sono state invece analizzate alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione, a sezioni unite, in una serie di materie di significativa rilevanza nei rapporti commerciali, quale il trust e il risarcimento dei danni in tema di responsabilità contrattuale. In questo contesto assume particolare rilievo l'attività di interrelazione avviata tra le Corti supreme europee, sulla quale il Relatore svolge le proprie osservazioni conclusive, scorgendo nel dialogo fra dette Corti lo strumento più idoneo per una fattiva collaborazione anche con la Corte EDU, con l'obiettivo di una piena tutela dei diritti fondamentali.

La seconda sessione di workshop è stata introdotta dal prof. Fausto Pocar, il quale, in una prospettiva di evoluzione dello SLSG, ha considerato il possibile impatto sullo SLSG della uscita del Regno Unito dall'Unione. In particolare, il Relatore ha espresso l'opinione che, sulla base del diritto consuetudinario in tema di successione degli Stati nei trattati sui diritti umani e di loro denuncia, si potrebbe

giungere a sostenere che i diritti umani attualmente riconosciuti nello SLSG continuerebbero ad essere applicati anche dopo l'uscita definitiva del Regno Unito. L'auspicio è che di ciò tengano conto i negoziatori dell'accordo sulle relazioni future dell'Unione onde evitare una riduzione dello standard di trattamento delle persone oggi titolari dei diritti fondamentali assicurati dallo SLSG.

Gli interventi successivi, dopo il contributo iniziale del dott. Francesco Buonomenna, che ha parlato degli *status* familiari nella giurisprudenza della Corte di giustizia, sono stati dedicati prevalentemente alle questioni relative al fenomeno migratorio e alla libera circolazione delle persone, sempre in una ottica di protezione dei diritti dei soggetti interessati.

Il dott. Buonomenna ha evidenziato come la maggiore circolazione delle persone abbia determinato il diffondersi di nuovi modelli familiari e quindi la necessità di individuare standard comuni di riconoscimento delle nuove situazioni giuridiche che si vengono così a creare. L'attenzione del Relatore si è soffermata, in particolare, sul contributo giurisprudenziale fornito dalla Corte EDU con riguardo agli *status filiationis* e al correlato principio dell'interesse preminente del minore, specie nel caso di coppie omosessuali e di ricorso a tecniche di procreazione eterologa. Ben diverso, come rilevato nell'intervento, è l'approccio della Corte di giustizia nell'esame delle medesime situazioni familiari, in quanto la tutela dei diritti umani viene considerata in un'ottica funzionale all'esercizio delle libertà di mercato e ai principi sottesi a tali libertà. La conseguenza è l'assenza di una uniformità di soluzioni che nel caso di situazioni giuridiche familiari può comportare il rischio di tutele differenziate cui solo l'intervento normativo dei legislatori nazionali può porre rimedio.

L'auspicio che la solidarietà, come equa ripartizione delle responsabilità nei confronti dei rifugiati, possa trovare un adeguato riconoscimento da parte sia dell'Unione europea sia degli Stati membri, sulla base dell'art. 80 TFUE, viene formulato dal prof. Michele Messina. Di fronte peraltro all'atteggiamento tenuto dagli Stati membri, restii a considerare il principio di solidarietà come uno dei valori principali dell'Unione, occorre che le Istituzioni dell'Unione, la Commissione e la Corte di giustizia, *in primis*, si adoperino, per quanto di rispettiva competenza, per porre rimedio agli inadempimenti degli Stati stessi,

anche solo per evitare di essere considerate complici del mancato rispetto a livello statale di detto principio.

Lo *status* giuridico del lungo soggiornante è stato analizzato dalla prof.ssa Anna Pitrone, la quale ha ricordato come tale *status* sia stato preconizzato nel Consiglio europeo di Tampere. Fin dal sorgere dello SLSG venne infatti sottolineata la necessità di ravvicinare lo *status* giuridico dei cittadini dei paesi terzi a quello dei cittadini dell'Unione, come poi disciplinato nella direttiva 2003/109. L'applicazione della direttiva sul soggiornante di lungo periodo non è stata agevole ed è potuta avvenire anche grazie al significativo contributo della Corte di giustizia. La Relatrice ha illustrato le principali disposizioni della direttiva, evidenziando con chiarezza le difficoltà incontrate nel recepimento nell'ordinamento italiano di quello che rappresenta lo strumento più rilevante di integrazione dei cittadini stranieri. Nonostante tutti gli ostacoli incontrati, la direttiva ha dato vita ad uno *status* privilegiato che molto si avvicina al concetto di "cittadinanza civile".

Infine, l'esigenza di una armonizzazione delle procedure di rilascio del visto umanitario, nell'ambito di una revisione delle politiche di gestione dei flussi migratori e, in specie, del diritto d'asilo all'interno dell'Unione europea, è stata affermata dalla dott.ssa Chiara Parisi. L'indagine ha preso avvio dalla constatazione di come gli Stati posti alle frontiere dell'Unione, su cui grava la responsabilità dei controlli, abbiano agito in maniera non coordinata, anche antagonista, rimettendo in discussione i principi ispiratori dell'Unione, quale quello di solidarietà, senza che a livello europea si sia riusciti ad elaborare una adeguata politica di supporto. La questione del visto umanitario si inserisce in tale contesto, potendo concorrere ad una gestione efficace delle frontiere esterne nel rispetto dei diritti umani. Tratteggiate le connotazioni di tale visto umanitario, che rappresenta una eccezione alla procedura ordinaria di rilascio dei visti uniformi di breve soggiorno, e le difficoltà incontrate in sede di applicazione, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, la Relatrice auspica un intervento di riforma da parte del legislatore europeo, che tenga anche conto della giurisprudenza della Corte EDU. La conclusione è che, al momento, il futuro del visto umanitario appare purtroppo incerto.

## 2. *Considerazioni sparse sul fenomeno migratorio e sul dialogo giudiziario fra le Corti*

Le conclusioni di un convegno sono canonicamente volte a presentare i risultati raggiunti attraverso una sintesi dei diversi contributi, sulla base di un quadro d'insieme dal quale, possibilmente, trarre poi, come mi accingo a fare, un messaggio.

La prima osservazione riguarda il problema della adeguata tutela dei diritti umani dinanzi alle diverse giurisdizioni nazionali ed europee. Come evidenziato in vari interventi, il tema è divenuto centrale nella costruzione dello SLSG, in un quadro normativo in cui la stessa delimitazione delle diverse competenze appare a volte confusa, quando si tratta di affrontare il drammatico fenomeno dei flussi migratori. La gestione dei flussi migratori e, in particolare, la disciplina dei rimpatri hanno focalizzato negli ultimi tempi l'attenzione degli studiosi. Le varie relazioni, pur sotto diversi profili, hanno tutte evidenziato la difficoltà di pervenire ad un equilibrio fra le pretese di sovranità degli Stati più direttamente interessati, i diritti umani e la legislazione derivata dell'Unione, specie quando si assume come parametro normativo il diritto internazionale consuetudinario e pattizio, come ha correttamente stabilito, nel noto caso *Sea-Watch*, la Corte di Cassazione con la sentenza del 20 febbraio 2020, n. 6626.

Altro ambito nel quale i diritti fondamentali hanno impresso una svolta alla disciplina vigente è quello del diritto internazionale privato e processuale dove la sempre più estesa normazione europea ha relegato le disposizioni nazionali ad un ruolo sussidiario rispetto a quelle comuni, la cui interpretazione è comunque soggetta, come nel caso dei minori, all'esigenza di tutela dei soggetti più deboli. Rimarrebbe peraltro aperta la questione della opportunità di modificare le disposizioni della legge n. 218, del 31 maggio 1995, di riforma del diritto internazionale privato, al fine di renderle coerenti con le soluzioni adottate in sede europea e funzionali alla realizzazione degli obiettivi dello SLSG.

L'ulteriore considerazione è che, come sottolineato da più relatori, in un sistema di tutela multilivello, dove le Corti costituzionali dei singoli Stati concorrono con la Corte di giustizia, da un lato, e con i giudici di legittimità e comuni, dall'altro, nella applicazione del diritti



fondamentali sanciti dai Trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si impone un bilanciamento sia fra i diversi livelli di giurisdizione all'interno dello Stato sia fra gli stessi diritti e principi affermati in sede europea e quelli sanciti dalle carte costituzionali dei paesi membri. Questa rilettura non può tuttavia avvenire senza una contestuale revisione critica dello stesso rapporto fra gli Stati e l'Unione, nel senso di pervenire ad una più precisa e coerente definizione degli ambiti di competenza riservati ai primi, le cui norme concorrono con quelle europee, secondo i principi di leale collaborazione e di solidarietà, alla costruzione di un ordinamento realmente integrato.

L'errore finora compiuto è stato quello di ricondurre il paradigma ordinamentale proposto dall'Unione europea al modello di sovranità statale, riconoscendo nel secondo il limite invalicabile per il primo, in una prospettiva di continuo potenziale conflitto tra i due ordini di norme che la dottrina ha teorizzato nel confronto tra teoria monista e dualista. La similitudine va invece rovesciata, in quanto l'Unione configura un diverso modello di sovranità, pensato non come supremazia sul territorio, o su un popolo, ma fondato sull'integrazione di una pluralità di ordinamenti nazionali che concorrono alla formazione di un unico spazio giuridico europeo, dove il legislatore primario è quello unionale. In tale prospettiva diviene naturale che, ai fini del necessario bilanciamento fra i diritti fondamentali appartenenti all'identità costituzionale del singolo Stato e i principi e diritti sanciti a livello di Unione, la prima parola vada lasciata alle Corti costituzionali, in un dialogo aperto e cooperativo con la Corte di giustizia. Mediante una interpretazione delle norme di volta in volta in esame quanto più conforme ai diritti fondamentali comuni alle tradizioni costituzionali degli stessi Stati membri, come riformulati dalla Corte di Lussemburgo, sarà infatti possibile superare gli inevitabili momenti di conflitto fra i diversi livelli di tutela.

È agevole poi osservare come il 2017 sia stato sicuramente un anno particolare per i rapporti tra l'ordinamento dell'Unione e quello italiano. La nostra Corte Costituzionale ha prima sollevato con l'ordinanza del 26 gennaio 2017, n. 24, il problema dei controlimiti e poi, quando la questione poteva considerarsi chiusa con la sentenza *Taricco 2* (del 5 dicembre 2017, causa C-42/17), che mostrava una

significativa apertura da parte della Grande sezione della Corte di giustizia, con la sentenza 269/2017 ha di fatto riaperto la questione. È stata invero proposta una intrigante interpretazione secondo cui quest'ultima sentenza sarebbe imputabile ad una mancanza di sensibilità istituzionale o forse meglio di *bon ton*, se non addirittura ad una scorrettezza da parte di taluni giudici della Corte Costituzionale nei confronti della Corte di giustizia, per essere venuti meno alla tacita intesa raggiunta su un tema così delicato e che aveva portato alla soluzione accolta nella sentenza *Taricco 2*.

Sta di fatto che, a prescindere da ogni lettura maliziosa, vista anche la natura di *obiter dictum* delle affermazioni “incriminate”, la sentenza 269/2017 sarebbe comunque rivolta non tanto (o non solo) alla Corte di giustizia, quanto ai giudici interni, in specie a quelli comuni. Questi ultimi infatti, con il loro attivismo nel dialogare con la Corte di giustizia, hanno posto nel tempo le premesse per una sorta di giudizio di costituzionalità diffuso in tema di diritti fondamentali, quali sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte Costituzionale è così stata relegata di fatto ai margini delle relative questioni che coinvolgono un possibile contrasto delle norme interne sia con il diritto dell'Unione, sia con la Costituzione, per la cui interpretazione i giudici costituzionali rivendicano in via prioritaria la competenza, ogniqualvolta, come nel caso di contrasto con i principi della Carta, siano in gioco i diritti fondamentali della persona. Di qui, prima, nel 2008, ma soprattutto a partire dal 2013, la dichiarazione da parte dei giudici della Consulta della possibilità di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e poi, nel 2017, la affermazione della priorità della propria interpretazione, in una inversione di fatto della c.d. doppia pregiudiziale. Il tutto per riequilibrare i rapporti con i giudici comuni, coinvolgendo inevitabilmente in questa “diatriba” il dialogo, tramite il rinvio pregiudiziale, con la Corte di giustizia.

È altrettanto indubitabile che, con la appena ricordata ordinanza 24/2017, la Corte Costituzionale abbia riportato improvvisamente d'attualità il principio del primato, apparentemente riaffermato, ma sicuramente rimesso in discussione, a distanza di 33 anni dalla sentenza *Granital*, col richiamo ai c.d. controlimiti. La sentenza 269/2017 pareva poi aver definitivamente aperto, pur con i necessari se e ma, una nuova stagione nei rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unio-

ne. In realtà, non sono ancora passati nemmeno due anni e, dopo l'ecitazione iniziale, tradottasi in un moltiplicarsi di contributi dottrinali, specie di provenienza pubblicistica, con i più disparati contenuti interpretativi, l'eco di tali pronunce si è andato man mano spegnendo, lasciando sostanzialmente inalterati gli equilibri raggiunti con la *Granital*. Se infatti è vero che la violazione di un diritto fondamentale può infrangere allo stesso tempo la Costituzione e la Carta, non lo è meno osservare che, per quanto il contenuto della Carta possa assomigliare, addirittura sovrapporsi, a quello di una Costituzione nazionale, la Carta rimane una fonte distinta che, come il giudice prof.ssa Lucia Serena Rossi ha avuto modo di rilevare in altra occasione, in un saggio apparso su *federalismi.it* (del 31 gennaio 2018, n. 3/2018) non può, in alcun caso, essere assimilata alle Costituzioni degli Stati membri. Alla stessa stregua, la sua interpretazione non può in alcun modo essere attratta dalle Corti costituzionali degli Stati membri nella loro sfera di competenza.

La Carta rimane una fonte del diritto dell'Unione di rango equivalente a quello dei Trattati istitutivi e, come accade per questi ultimi, la sua interpretazione e applicazione riposano su un sistema giurisdizionale complesso, incentrato sul rinvio pregiudiziale, che, formato dai giudici nazionali, fa capo alla Corte di giustizia. Ogni rivendicazione da parte dei giudici costituzionali dei paesi membri di una sorta di sindacato accentrato di conformità ai diritti fondamentali, qualunque sia la carta costituzionale interessata, si porrebbe in insanabile contrasto con i principi su cui si fonda il sistema dell'Unione.

È vero invece che il rapporto fra le libertà fondamentali, le sue possibili limitazioni e i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, già ora articolato e complesso, lo diverrebbe ancor di più se trovasse accogliamento la proposta formulata dall'Avvocato generale Sánchez-Bordona (conclusioni del 14 gennaio 2020, causa C-78/18, *Commissione c. Ungheria*) di sottoporre comunque la valutazione di restrizioni introdotte dalle legislazioni nazionali, nella specie relative alla libera circolazione dei capitali e riconducibili all'ambito di discrezionalità degli Stati, ad un giudizio di compatibilità anche con i diritti fondamentali della Carta.

Quanto poi alla questione della doppia pregiudizialità, le pronunce della Consulta nel corso del 2019 (sentenza del 21 febbraio 2019,

n. 20; sentenza del 21 marzo 2019, n. 63; sentenza del 10 maggio 2019, n. 112; ordinanza del 10 maggio 2019, n. 117) paiono aver riportato la soluzione nei giusti binari, aprendo ad un maggior dialogo fra la Corte Costituzionale, da un lato, e, pur in direzioni opposte, i giudici comuni e la Corte di giustizia, dall'altro, in un concorso di rimedi che, salvaguardando il primato del diritto dell'Unione, valorizzi gli strumenti, ai diversi livelli, di tutela dei diritti fondamentali. La sintesi dunque fra le diverse visioni non è certamente semplice, ma neppure impossibile, sempre che si ammetta la possibilità che il rinvio pregiudiziale da parte del giudice comune possa comunque avvenire, anche dopo che si sia positivamente concluso un giudizio interno di conformità alla Costituzione della norma in discussione. Tale rinvio, motivato dal contrasto, delibato ma non definitivamente risolto dal giudice delle leggi, della norma stessa col diritto dell'Unione, avrebbe quindi carattere di eccezionalità, perché tali sono le ipotesi di conflitto tra i due sistemi in tema di diritti fondamentali, e potrebbe essere soggetto ad un filtro di ricevibilità, laddove le questioni già *prima facie* appaiano correttamente risolte dalla Corte Costituzionale precedentemente adita. Si eviterebbero così inutili duplicità di giudizi e verrebbe riconosciuto, al contempo, il ruolo primario, ma non esclusivo e soprattutto non necessariamente conclusivo, del giudizio interno di costituzionalità, anche alla luce dei principi dell'Unione, in tema di tutela dei diritti fondamentali.

In realtà, le ragioni dell'incertezza e del disorientamento provocati dalle recenti pronunce costituzionali, in particolare dalla sentenza 269/2017, ad una più matura riflessione, paiono essere non (solo) quelle finora esaminate, ma anche altre, ben diverse e, allo stesso tempo, purtroppo, più profonde. Il supposto conflitto non ha infatti riguardato tanto la disapplicazione o meno delle norme interne contrastanti col diritto dell'Unione in virtù del primato, né la priorità del giudizio di costituzionalità nell'ambito di una rivisitazione, non del tutto priva di ragione, della doppia pregiudiziale, né tanto meno l'attribuzione della competenza delle competenze, in caso di contrasti interpretativi, quanto piuttosto il cuore stesso del problema, che si pone a monte di tutte queste questioni. Potrebbe forse apparire scontato, ma il vero nodo è quello della sovranità statale contrapposta alla (non) sovranità dell'Unione che si regge, da un lato, su limitazioni

della prima, e, dall'altro, sul principio di attribuzione. Si tratta, con ogni evidenza, del riemergere, come fossimo di fronte ad un fenomeno carsico, della antinomia mai risolta (e allo stato irrisolvibile) fra la visione monista e quella dualista del rapporto fra i due ordini di sistemi.

Volutamente ignorata per reciproco *fair play* istituzionale fra le Corti, la questione covava da tempo sotto le ceneri e il richiamo alla teoria dei controlimiti, con una veemenza prima sconosciuta, ha riportato al centro del dibattito le conseguenze, politiche e non solo giuridiche del carattere derivato delle competenze e dei relativi poteri dell'Unione. In tali circostanze, la riaffermazione da parte della Corte Costituzionale italiana delle proprie prerogative in tema di tutela dei diritti fondamentali, laddove occorra un bilanciamento fra i diritti provenienti dalle diverse fonti, nazionali ed europee, appare del tutto comprensibile, essendo ragionevole che, come già osservato, ad essa spetti esprimersi per prima, senza però avere la parola finale.

Altrettanto comprensibile è che la Corte, come ricordato dalla prof.ssa Lucia Serena Rossi, abbia colto l'occasione, nel già ricordato caso *Poplawski*, per ribadire, con riguardo a norme dello SLSG (decisioni quadro) prive di efficacia diretta, non solo la primazia del diritto dell'Unione, ma anche l'obbligo per i giudici nazionali di procedere, quando non sia possibile la disapplicazione della norma interna confliggente, ad una interpretazione conforme di quest'ultima norma talmente "forte" da assomigliare ad una disapplicazione (indiretta). La Corte ha desunto tale obbligo dal principio stesso del primato del diritto dell'Unione, rimarcando così la natura verticale del rapporto fra gli ordinamenti (europeo e nazionale), in cui l'interpretazione conforme, che impone a tutte le istituzioni degli Stati membri di dare pieno effetto alle varie norme dell'ordinamento unionale, è di fatto una declinazione della disapplicazione che opera per garantire l'effettività del sistema dell'Unione, incontrando come limiti i principi generali del diritto. L'avvocato generale Sánchez-Bordona, nelle sue conclusioni del 27 novembre 2018, era andato oltre, distinguendo fra l'efficacia diretta e l'effetto di esclusione. Atteso che quest'ultimo non è necessariamente collegato al primo, ne conseguirebbe, in virtù dell'effettività del diritto europeo e ai fini di una piena tutela dei diritti attribuiti ai singoli dall'ordinamento dell'Unione, che la norma

nazionale in contrasto con una decisione quadro dovrebbe essere disapplicata quando non sia possibile una interpretazione della prima conforme alla seconda. La Corte non ha seguito l'indicazione dell'Avvocato generale, ritenuta con ogni probabilità «troppo innovativa», ma ha certamente reso estremamente sottile la linea di demarcazione fra i due istituti (disapplicazione e interpretazione conforme).

La progressiva e indubbia costituzionalizzazione della funzione giurisdizionale della Corte di giustizia, rilevata tra gli altri, in particolare, dalla prof.ssa Luisa Cassetti, non rende dunque quella Corte “pari” alle Corti costituzionali domestiche, ma ne accentua invece il ruolo sostanziale di suprema corte federale, al vertice di un sistema articolato su molteplici livelli nei singoli ambiti statali. Lo scambio continuo di elementi formanti fra i singoli ordinamenti e quello unionale, consentito dal meccanismo del rinvio pregiudiziale, assicura quella collaborazione essenziale perché, in assenza di una reale struttura federale, il primato del diritto dell'Unione si concili con il rispetto dovuto alle specificità costituzionali nazionali, in cui si manifesta l'identità del singolo Stato.

Tale rapporto osmotico fra i diversi livelli costituisce il tratto distintivo dell'ordinamento europeo e come tale va difeso e salvaguardato; come ben illustrato dalla prof.ssa Angela Di Stasi in un recente scritto apparso nel volume collettaneo, dalla stessa curato, sulla tutela dei diritti fondamentali nello spazio europeo di giustizia, esso si sostanzia in una circolazione dall'alto verso il basso e viceversa, in virtù della quale i principi fondamentali garantiti dai singoli ordinamenti costituzionali vengono adattati e fatti propri dalla Corte di giustizia, che così li converte in fonti primarie del diritto dell'Unione, di modo che quegli stessi principi costituzionali, una volta arricchiti del valore autonomo dato dall'interpretazione della Corte, una volta cioè divenuti comuni, possano nuovamente essere accolti nei singoli ordinamenti da cui traggono origine.

Questa reciproca permeabilità dei due ordinamenti e dei relativi diritti non ha riscontri nel sistema internazionale e soprattutto consente un ravvicinamento indiretto fra il diritto dell'Unione e quelli statali, che si affianca e completa quello diretto, derivante dal ricorso a specifici atti di diritto derivato. Tale effetto non può però prescindere da una primazia di un sistema sull'altro quando la diversità, che

è inevitabile e anzi è alla base della stessa Unione, si risolva in un conflitto altrimenti insanabile, che impedisce ogni assimilazione e bilanciamento.

Se, come è stato giustamente rilevato nel corso del convegno, qualificare come “gerarchico” il rapporto fra la Corte di giustizia e la nostra Corte Costituzionale non è ovviamente gradito a quest’ultima, ma sicuramente neppure corretto, non è men vero osservare che, in virtù dell’indiscusso e indiscutibile primato del diritto dell’Unione, il sistema unionale, pur composto da parti (gli ordinamenti statali) che rimangono tra loro distinte e sovrane, è comunque sovraordinato, sul piano del concorso fra le fonti, a quelle nazionali.

Il dialogo fra le varie Corti costituzionali e la Corte di giustizia, inteso quale ricerca comune di un bilanciamento fra le diverse fonti di diritti tra loro indissolubilmente connesse, rappresenta perciò un mezzo per risolvere le eventuali antinomie, ma, per quanto riguarda il sistema dell’Unione, non un fine, inteso quale necessario raggiungimento di una soluzione condivisa. Che il *bon ton* istituzionale induca comunque a perseguire questa condivisione in ogni modo è sicuramente apprezzabile, ma non attiene alla qualificazione della relazione fra gli ordinamenti a confronto.

Da questo dialogo virtuoso non può rimanere esclusa la Corte EDU, la cui interpretazione, mediata tramite l’articolo 52, par. 3 della Carta, costituisce per la Corte di giustizia, come sottolineato dal dott. Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU, un riferimento necessario e, per le Corti costituzionali, un parametro altrettanto necessario per il controllo di costituzionalità delle norme interne che si pongono in contrasto con la CEDU. Da parte sua, il legislatore italiano può certamente contribuire a facilitare l’interrelazione fra le varie fonti, prestando la dovuta attenzione agli strumenti di adattamento alla normativa e alla giurisprudenza sia europea sia convenzionale, specie, come sottolineato dal giudice prof. Roberto Mastroianni, quando si ricorre al meccanismo della delega legislativa.

La situazione è destinata peraltro a divenire ancora più complessa, quando, come nelle due decisioni (1 BvR 16/13, *Right to be forgotten I*; 1 BvR 276/17, *Right to be forgotten II*) rese in stessa data (6 novembre 2019) dalla Corte Costituzionale di Karlsruhe (*Bundesverfassungsgericht*), in tema di diritto all’oblio, il bilanciamento deve

avvenire fra i diritti di due privati, uno che diffonde informazioni *online* e l'altro che chiede la deindicizzazione; si tratta di diritti tutti egualmente riconosciuti e garantiti sia dall'ordinamento nazionale sia da quello dell'Unione, che finiscono per intersecare altri diritti e interessi, quali la libertà di espressione e l'interesse generale ad essere informato, facendo sorgere il problema, risolvibile diversamente a seconda dell'ordinamento interessato, di quale di tali diritti debba prevalere. La questione è sicuramente nuova e non può che trovare una risposta caso per caso, nella consapevolezza peraltro che, in caso di dubbi, laddove non sia possibile pervenire ad una soluzione in una logica di leale collaborazione, ai sensi dell'art. 4, par. 3 TUE, il chiarimento finale, come indicato dalla prof.ssa Lucia Serena Rossi in un recente scritto apparso su *federalismi.it* (del 5 febbraio 2020, n. 3/2020), non può che essere affidato alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267, par. 3 TFUE.

### 3. *Riflessioni conclusive*

L'importante è che quanto da ultimo accaduto nei rapporti fra la Corte di giustizia e la Corte Costituzionale (non solo) italiana, induca ad interrogarsi sulla idoneità dell'attuale sistema dell'Unione a fornire, a livello istituzionale, una risposta sempre adeguata alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione all'interno dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Nel momento attuale, in cui gli elementi di crisi politica paiono in via di superamento, ma i principi fondanti di democrazia e di rispetto dei diritti della persona, su cui si regge l'integrazione, sono posti in discussione in taluni paesi, l'Unione deve ritrovare, anche tramite il dialogo fra le Corti, lo slancio per la riaffermazione di tali valori, in sintonia con le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Il rispetto delle identità nazionali diverrebbe così, in un sistema di tutela multilivello, connotato comunque dal primato del diritto dei Trattati, uno strumento, non già un ostacolo, per la realizzazione di quella unità nella diversità che alla radice dell'ordinamento unionale.

Di sicuro non può escludersi l'insorgere di ulteriori tensioni fra le Corti costituzionali dei singoli Stati membri e i giudici del Lus-



semburgo, ma *de iure condito* la soluzione di tali contrasti, pur con tutte le difficoltà insite nella imperfezione del sistema istituzionale dell'Unione, tendenzialmente federale ma privo (ancora) delle relative connotazioni sul piano non solo giuridico ma anche politico, non può prescindere dal ruolo di decisore finale assegnato alla Corte di giustizia, quale Corte delle Corti.

L'auspicio è, infine, che iniziative come quella del presente convegno, in cui i ricchi e stimolanti contributi dei vari relatori hanno testimoniato i successi conseguiti dallo SLSG nei suoi primi vent'anni, siano di stimolo per una più ampia riflessione da cui nascano nuove idee e nuove proposte per una più efficace tutela dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione, anche, nel caso, attraverso riforme istituzionali che si rivelassero a tal fine necessarie o opportune. L'obiettivo è quello di riavviare il cammino verso una ancora maggiore integrazione (anche politica) fra i sistemi giuridici degli Stati membri, tale da risolvere definitivamente le antinomie oggi esistenti.

## ABBREVIAZIONI PRINCIPALI PERIODICI

African Journal of International and Comparative Law	<i>Afr. J. Int. Comp. Law</i>
The African Society of International and Comparative Law Proceedings	<i>AfrILPROC</i>
American Journal of International Law	<i>AJIL</i>
American University Law Review	<i>AmULRev</i>
American University International Law Review	<i>AUILR</i>
Annuaire européen/European Yearbook	<i>EurYB</i>
Annuaire Français de Droit international	<i>AFDI</i>
Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano	<i>ADCL</i>
Anuario de Derechos Humanos	<i>ADH</i>
Anuario Mexicano de Derecho Internacional	<i>AMDI</i>
Berkeley Journal of International Law	<i>BJIL</i>
Boletín Mexicano de Derecho Comparado	<i>BolMexdeDerechoComp</i>
Boston College International and Comparative Law Review	<i>Boston Coll. Int. Comp. Law Rev.</i>
British Yearbook of International Law	<i>BYIL</i>
Bulletin des droits de l'homme	<i>Bull. dr. homme</i>
Cahiers de droit européen	<i>Cah. dr. eur.</i>
California Western International Law Journal	<i>CWILJ</i>
The Canadian Yearbook of International Law	<i>Canadian YIL</i>
Cassazione penale	<i>Cass. pen.</i>
Columbia Journal of European Law	<i>Columbia JEL</i>
Columbia Journal of Transnational Law	<i>Columbia JTL</i>
Columbia Human Right Law Journal	<i>Columbia HRLJ</i>
Common Market Law Review	<i>CML Rev.</i>
La Comunità internazionale	<i>Com. int.</i>
Cornell International Law Journal	<i>Cornell ILJ</i>
Corriere giuridico	<i>Corr. giur.</i>
Daedalus	<i>Daed.</i>
Democrazia e Diritto	<i>Dem. dir.</i>
Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú	<i>Revista Derecho PUCP</i>
Digesto delle Discipline privatistiche	<i>Dig. Disc. Priv.</i>
Digesto delle Discipline pubblicistiche	<i>Dig. Disc. Pubbl.</i>
Digesto penale	<i>Dig. pen.</i>

Diritti dell'uomo. Cronache e battaglie	<i>Dir. uomo</i>
Diritti umani e diritto internazionale	<i>Dir. um. e dir. internaz.</i>
Diritto comunitario e degli scambi internazionali	<i>Dir. com. scambi internaz.</i>
Il Diritto dell'Unione Europea	DUE
Diritto penale contemporaneo	DPC
Diritto penale e processo	<i>Dir. pen. proc.</i>
Diritto Pubblico Comparato ed Europeo	<i>Dir. pubbl. comp. eur.</i>
Enciclopedia del diritto	<i>Enc. dir.</i>
Enciclopedia giuridica Treccani	<i>Enc. giur. Treccani</i>
Estudios Constitucionales	E.C.
<i>Études internationales</i>	<i>Et. Intern.</i>
Europa e diritto privato	<i>Eur. dir. priv.</i>
Europäische Grundrechte Zeitschrift	<i>EuGRZ</i>
European Constitutional Law Review	<i>ECLR</i>
European Journal of International Law	<i>EJIL</i>
European Journal of Migration and Law	<i>Eur. Journ. Migr. Law</i>
European Human Rights Law Review	<i>EHRLR</i>
European Law Review	<i>ELR</i>
European Public Law	<i>Eur. Public Law</i>
Freedom, Security & Justice: European Legal Studies	<i>FSJ</i>
Il Fallimento e le altre procedure concorsuali	<i>Fallimento</i>
Foro italiano	<i>Foro it.</i>
German Yearbook of International Law	<i>Germ. YB Int. Law</i>
Giurisprudenza costituzionale	<i>Giur. Cost.</i>
Giurisprudenza italiana	<i>Giur. it.</i>
Giustizia civile	<i>Giust. civ.</i>
The Global Community: Yearbook of International Law and Jurisprudence	<i>Global Community YILJ</i>
Grotius	<i>Grotius</i>
Guida al diritto	<i>Guida dir.</i>
Harvard Human Rights Journal	<i>Harvard HRJ</i>
Harvard International Law Journal	<i>Harv. Int. Law Journ.</i>
Hellenic Review of European Law	<i>HREL</i>
Houston Journal of International Law	<i>Houston JIL</i>
Human Rights Law Journal	<i>HRLJ</i>
Human Rights Law Review	<i>HRLR</i>
Human Rights Quarterly	<i>HRQ</i>
Humanitäres Völkerrecht	<i>HV</i>
Il Nuovo diritto	<i>I.N.D.</i>
International Law/Revista Colombiana de Derecho Internacional	<i>Rev col der intern.</i>
International & Comparative Law Quarterly	<i>ICLQ</i>
International Journal of Constitutional Law	<i>ICLJournal</i>
International Legal Materials	<i>ILM</i>

International Organization	IO
International Security	<i>Int. Sec.</i>
International Studies in Human Rights	ISHR
Iustitia	<i>Iustitia</i>
Journal of Inter-American Institute of Human Rights	IIHR
Journal of Inter American Studies	<i>Journal IAS</i>
Journal of International Law & International Relations	JILIR
Journal of Transnational Law and Policy	<i>J. Transnat. Law Pol.</i>
Juris-classeur de Droit international	<i>J.-Cl.D.I.</i>
Justices, Revue Générale de droit processuel	<i>Justices, RGDP</i>
Law and Practice of International Courts and Tribunals	LPICT
Legislazione penale	<i>Legisl. pen.</i>
Le nuove leggi civili commentate	<i>Nuove leggi civ. com.</i>
Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review	<i>LoyLAIntl&amp;CompLRev</i>
Maastricht Journal of European and Comparative Law	<i>Maastricht JECL</i>
Mershon International Studies Review	MISR
Nederlands Juristenblad	NJB
Netherlands Quarterly of Human Rights	NQHR
New York University Journal of International Law and Politics	N.Y.U. JILP
Nordic Journal of International Law	<i>Nordic JIL</i>
Observateur des Nations Unies	<i>Obs. NU</i>
Ordine internazionale e diritti umani	<i>Rivista OIDU</i>
Politica del diritto	<i>Pol. dir.</i>
Public Law	<i>Pub. L.</i>
Quaderni costituzionali	<i>Quaderni Cost.</i>
Quebec Journal of International Law	QJIL
Rassegna forense	<i>Rass. Forense</i>
Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye	RCADI
Répertoire communautaire	<i>Rep. com.</i>
Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	RFDUL
Revista de Derecho Comunitario Europeo	<i>Revista derecho com. eur.</i>
Revista Derecho del Estado	<i>Rev D.E.</i>
Revista de Instituciones Europeas	<i>Revista Inst. Eur.</i>
Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal	DPLF
Revista Mexicana de Derecho Constitucional	<i>Revista MDC</i>
Revue belge de droit international	RBDI
Revue de droit international et de droit comparé	<i>Rev. dr. int. dr. comp.</i>
Revue du droit de l'Union Européenne	RDUE
Revue du marché commun et de l'Union européenne	<i>Rev. M. comm.</i>
Revue Études internationales	<i>Rev. Études internat.</i>

Revue française de droit administratif	RFDA
Revue Générale de Droit International Public	RGDIP
Revue hellénique des droits de l'homme	RHDH
Revue internationale de droit comparé	RIDC
Revue trimestrielle de droit européen	<i>Rev. trim. dr. eur.</i>
Revue trimestrielle des droits de l'homme	<i>Rev. trim. dr. homme</i>
Revue universelle des droits de l'homme	<i>Rev. univ. dr. homme</i>
Rivista critica di diritto del lavoro	<i>Riv. critica dir. lav.</i>
Rivista del diritto della sicurezza sociale	RDSS
Rivista della cooperazione giuridica internazionale	<i>Riv. coop. giur. internaz.</i>
Rivista di diritto europeo	<i>Riv. dir. eur.</i>
Rivista di diritto internazionale	<i>Riv. dir. int.</i>
Rivista di diritto internazionale privato e processuale	RDIPP
Rivista di diritto privato	<i>Riv. dir. priv.</i>
Rivista di diritto processuale civile	<i>Riv. dir. proc. civ.</i>
Rivista internazionale dei diritti dell'uomo	<i>Riv. int. dir. uomo</i>
Rivista italiana di diritto pubblico comunitario	<i>Riv. it. dir. pubbl. com.</i>
Rivista trimestrale di diritto e procedura civile	<i>Riv. trim. dir. proc. civ.</i>
Rivista trimestrale di diritto pubblico	<i>Riv. trim. dir. pubbl.</i>
Seton Hall Legislative Journal	SJICL
Studi sull'integrazione europea	<i>Studi integr. eur.</i>
Studium Iuris	<i>Studium Iuris</i>
Sud in Europa: bollettino d'informazione sull'Unione europea	<i>Sud in Europa</i>
SUR-Revista internacional de derechos humanos/ SUR-International Journal on human rights	SUR-RDIH/ SUR-IJHR
Texas International Law Journal	Texas ILJ
Texas Law Review	Texas L. Rev.
University of Richmond Law Review	U Rich L. Rev
Vanderbilt Journal of Transnational Law	Vanderbilt JTL
World Trade Review	<i>World trade review</i>
Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht	ZaöRV

Volumi pubblicati nella Collana

1. PALLADINO R., *La detenzione dei migranti: regime europeo, competenze statali e diritti umani*, 2018.
2. DI STASI A. (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e Spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, 2019.
3. CAPOZZOLO M., *Introduzione alla libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale nello Spazio giudiziario europeo. Il regolamento (UE) n. 1215/2012 e gli altri regolamenti "settoriali"*, 2019.
4. DI STASI A., ROSSI L.S. (a cura di), *Lo Spazio di libertà sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, 2020.



Finito di stampare nel mese di aprile 2020  
presso la Grafica Elettronica (Na)





Questo volume sviluppa una riflessione sull'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, probabilmente inattesa all'interno del Trattato di Maastricht, ove esso poteva apparire come un coacervo di competenze incomplete in materie disparate. La sua definizione pareva inizialmente un ossimoro, nonostante l'obiettivo di contemperare i valori, tendenzialmente antagonisti della *libertà* e della *sicurezza*, i quali, anche per non contraddire il terzo valore, rappresentato dalla *giustizia*, devono essere bilanciati fra loro alla luce della Carta dei diritti fondamentali e del principio di proporzionalità. Oggi tale Spazio è diventato una delle aree più dinamiche sotto il profilo dell'adozione di nuovi atti che stanno producendo, anche grazie all'uniforme interpretazione della Corte di giustizia, un ravvicinamento delle legislazioni degli Stati UE basato sui principi di mutua fiducia e leale cooperazione. Ma, soprattutto, se da un lato appare sottoposto ai principi sviluppati dalla Corte a proposito degli altri settori del diritto UE, d'altro lato costituisce un laboratorio, in cui la Corte elabora nuovi principi, con uno *spillover* che va ben oltre le materie dello Spazio stesso. Esso è poi un terreno dove si coltiva l'applicazione e l'interpretazione della Carta non solo in relazione a singole norme di quest'ultima, ma anche come metodo di bilanciamento fra diritti confliggenti o fra diritti individuali ed interesse generale. Si può anzi affermare che è proprio la natura "ossimorica" dello Spazio e la necessità di trovare un equilibrio fra le sue componenti che ne fanno il terreno privilegiato per sperimentare tecniche di bilanciamento estensibili anche ad altri settori.

This volume develops a reflection on the evolution, probably unexpected, of the AFSJ, that the Treaty of Maastricht delineated as a bundle of incomplete competences in disparate subjects. Its definition seemed initially an oxymoron despite the goal to balance the antagonistic values of *freedom* and *security*. Furthermore, the same name of AFSJ requested that the balancing between *freedom* and *security* should not contradict a third value, represented by justice, to be interpreted in the light of the Charter of Fundamental Rights and the principle of proportionality. The AFSJ is now one of the most dynamic areas in terms of the adoption of new measures, with an increasing approximation of the laws of the EU States. In this context, the principles developed by the Court of Justice of mutual trust and sincere cooperation, as well as of uniform interpretation, have played a significant role. While, on the one hand, the AFSJ is subject to the general principles of EU law applicable also in other EU policy areas, on the other hand, the AFSJ constitutes a laboratory, in which the Court develops new principles, with a *spillover* effect that goes far beyond that area. The AFSJ is finally a field where the application and interpretation of the Charter is prospering, not merely in relation to the interpretation of individual norms, but in the balancing between conflicting rights or between individual rights and the general interest. Indeed, it is precisely the "oxymoronic" nature of the AFSJ and the need to find a balance between its different components that make it the privileged ground for experimenting balancing techniques that can be extended also to other sectors.

euro 40,00

