



La base giuridica dell'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra Unione europea e Regno Unito (TCA)

DI MAURO GATTI*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La competenza dell'Unione a concludere il TCA. – 3. L'esercizio delle competenze dell'Unione nella conclusione del TCA. – 4. Il conflitto fra basi giuridiche nella conclusione del TCA. – 5. Conclusione.

1. Introduzione

Il recesso del Regno Unito dall'Unione europea ha sollevato numerose questioni di diritto costituzionale dell'UE. Il fondamento giuridico dell'Accordo di recesso¹, in particolare, è stato ampiamente dibattuto in dottrina². Minore attenzione sembra essere stata dedicata al fondamento giuridico del successivo Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione

* Ricercatore a tempo determinato tipo b) in Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Bologna.

1 Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, in *GUUE* del 31 gennaio 2020, L 29/7-187.

2 V., ad es., L. DANIELE, *Brevi note sull'accordo di recesso dall'Unione europea ai sensi dell'art. 50 TUE*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 391 ss.; C. HILLION, *Withdrawal under Article 50 TEU: An integration-friendly process*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 29 ss.; F. CASOLARI, *Il recesso dall'Unione europea: per una lettura dell'art. 50 TUE tra diritto sovranazionale e diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 1032 ss.

(*Trade and Cooperation Agreement, TCA*)³, che regola commercio e cooperazione in materia penale tra UE e Regno unito dopo la Brexit⁴.

Il TCA è stato negoziato dopo il recesso del Regno unito (1° febbraio 2020), fino al 24 dicembre del 2020⁵. Già il 29 dicembre 2020, il Consiglio ha autorizzato la firma del TCA e la sua applicazione provvisoria, nell’attesa della sua conclusione⁶; conclusione avvenuta il 29 aprile 2021, in seguito all’approvazione del TCA da parte del Parlamento europeo⁷. L’urgenza con cui il TCA è stato negoziato e concluso si spiega con l’intenzione di evitare il c.d. *no deal*, cioè la creazione di un vuoto normativo nelle relazioni tra Regno unito e UE, segnatamente in materia commerciale⁸. L’Accordo di recesso aveva infatti previsto un periodo transitorio (dal 1° febbraio al 31 dicembre 2020) in cui la più gran parte del diritto materiale dell’Unione si sarebbe applicata al Regno unito⁹. Le relazioni di lungo periodo, tra Regno unito e Unione, soprattutto in materia commerciale, avrebbero trovato regolamentazione in un accordo successivo, da concludersi entro la fine del periodo transitorio. Non potendo estendere la durata del periodo transitorio, per l’opposizione del governo britannico¹⁰, si è dovuto negoziare e concludere il TCA in tempi straordinariamente brevi: tra l’apertura formale del negoziato e la conclusione del TCA intercorre poco più di un anno, mentre la conclusione di un accordo di associazione da parte dell’Unione richiede, in media, più di *sei* anni¹¹.

È in questo contesto di straordinaria urgenza che si spiegano, come si vedrà, alcune caratteristiche inusuali del TCA, segnatamente il suo fondamento e la sua natura giuridica. Il TCA è stato concluso dall’Unione, senza la partecipazione degli Stati membri; trattasi dunque di un accordo c.d. *EU-only*. Il TCA si differenzia da simili accordi conclusi in precedenza, i quali hanno preso sistematicamente la forma c.d. “mista” (cioè con l’Unione e gli Stati membri, da un lato, e un soggetto terzo, dall’altro)¹². Il vantaggio offerto dalla forma *EU-only* è chiaro: permettere una più rapida conclusione del TCA. Mentre un accordo *EU-only* ha bisogno di una sola decisione di conclusione, un accordo misto ne richiede 28: dell’Unione e

3 Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l’Unione europea e la Comunità europea dell’energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall’altra, in *GUUE* del 30 aprile 2021, L 149/10-2539. Tra i contributi che discutono criticamente del fondamento giuridico del TCA, P. VAN ELSUWEGE, *A New Legal Framework for EU-UK Relations: Some Reflections from the Perspective of EU External Relations Law*, in *European Papers*, 2021, p. 785 ss.; C. ECKES, P. LEINO-SANDBERG, *‘In view of the exceptional and unique character’ of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement – an Exception to Separation of Powers within the EU?*, in *European Law Blog*, 15 aprile 2021, disponibile al sito internet <https://europeanlawblog.eu/2021/04/15/in-view-of-the-exceptional-and-unique-character-of-the-eu-uk-trade-and-cooperation-agreement-an-exception-to-separation-of-powers-within-the-eu>.

4 Per una sintesi delle disposizioni dell’ASC, rinvio a C. CURTI GIALDINO, *Prime considerazioni sugli accordi concernenti le future relazioni tra il Regno Unito e l’Unione europea*, in *Federalismi*, 2021, p. iv ss.

5 Decisione (UE, Euratom) del Consiglio 2020/266, in *GUUE* del 27 febbraio 2020, L 58/53–54.

6 Decisione (UE) 2020/2252 del Consiglio, in *GUUE* del 31 dicembre 2020, L 444/2-10.

7 Decisione (UE) 2021/689 del Consiglio, in *GUUE* del 30 aprile 2021, L 149/2-9.

8 V. *id.*, p. ix.

9 V. Art. 126 e 132 dell’Accordo sul recesso del Regno unito, cit.

10 M. THIMONT JACK, *Extending the Brexit transition period is harder than agreeing a Brexit deal*, Institute for Government, 21 dicembre 2020, disponibile al sito internet: <https://www.instituteforgovernment.org.uk/blog/extending-brexit-transition-period>.

11 V. MILLER, *After Brexit: An Association Agreement with the EU?*, House of Commons Library, 17 luglio 2019, disponibile al sito internet: <https://commonslibrary.parliament.uk/after-brexit-an-association-agreement-with-the-eu>.

12 V. sotto, par. 2.

dei 27 Stati membri, i quali spesso attendono anni prima di ratificare¹³. L'esistenza di vantaggi pratici nella conclusione del TCA in forma *EU-only*, però, non è sufficiente a giustificare tale forma sul piano giuridico¹⁴. È quindi opportuno chiedersi quali competenze l'Unione europea abbia esercitato per concludere da sola il TCA, e se non avrebbe potuto, o dovuto, utilizzare competenze diverse, attraverso diverse procedure.

Per affrontare tali questioni, questo articolo analizza la base giuridica del TCA. Per base giuridica, come noto, si intende una disposizione di diritto primario che abilita l'Unione ad adottare un atto e definisce la procedura per tale adozione. La determinazione della base giuridica è questione apparentemente tecnica, ma che ha rilevanza costituzionale. L'Unione, disponendo soltanto di competenze di attribuzione, deve ricondurre ogni atto adottato ad una disposizione dei Trattati che la legittimi ad approvarlo¹⁵. L'indicazione del fondamento giuridico determina la ripartizione delle competenze (esclusive o concorrenti) tra l'Unione e gli Stati membri¹⁶. L'indicazione del fondamento giuridico riveste anche un'importanza particolare al fine di preservare le prerogative delle istituzioni dell'Unione¹⁷: il ricorso a una base giuridica errata può invalidare un atto quando la base giuridica adeguata preveda una procedura di adozione diversa da quella che è stata effettivamente seguita¹⁸.

Gli accordi internazionali sono atti peculiari, che richiedono almeno due basi giuridiche. Innanzitutto, una base giuridica "procedurale"¹⁹, l'art. 218 TFUE, che contiene le regole generali sulla procedura di conclusione degli accordi internazionali. La procedura di cui all'articolo 218 TFUE tiene comunque conto delle specificità di ciascun settore di azione dell'Unione²⁰. Alcuni aspetti della procedura, perciò, variano a seconda dell'oggetto dell'accordo: il Consiglio vota in alcuni casi all'unanimità e in altri a maggioranza qualificata (art. 218, par. 8, TFUE), mentre il Parlamento europeo ha talora il potere di approvare l'accordo, ma in altri casi è soltanto consultato (art. 218, par. 6, TFUE). Riguardo agli accordi di associazione, ed è il caso del TCA,²¹ il Consiglio vota all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo.

Data la variabilità delle procedure di conclusione degli accordi internazionali, è sempre necessario individuare, oltre alla base giuridica procedurale, la base giuridica "sostanziale" di ogni accordo internazionale, che colleghi tale accordo ad un settore di azione dell'Unione. Il Consiglio dell'Unione ha autorizzato la firma del TCA e la sua conclusione per mezzo di

13 Nel caso dell'Italia, l'attesa media è superiore a due anni, v. C. TOVO, *Mixed Agreements in the Italian Legal Order*, in M. CHAMON, I. GOVAERE (a cura di), *EU External Relations Post-Lisbon: The Law and Practice of Facultative Mixity*, Leiden, 2020, p. 342 ss., spec. p. 354.

14 V., in tal senso, Corte giust., 20 novembre 2009, parere 1/08, ECLI: ECLI:EU:C:2009:739, pt. 127; S. BOLAERT, *Mixity versus Unity: a View from the Other Side of the Rue de la Loi*, in M. CHAMON, I. GOVAERE (a cura di), cit., p. 251 ss., spec. p. 256.

15 V. *inter alia*, Corte giust., 14 giugno 2016, *Parlamento c. Consiglio* ("Accordo con la Tanzania"), causa C-263/14, ECLI:EU:C:2016:435, pt. 42; Corte giust., 1° ottobre 2009, *Commissione c. Consiglio* (CITES), causa C-370/07, ECLI:EU:C:2009:590, pt. 47; Corte giust., parere 2/00, ECLI:EU:C:2001:664, pt. 5.

16 Corte giust., 1° ottobre 2009, *CITES*, causa C-370/07, cit., pt. 49.

17 *Id.*, pt. 48.

18 Corte giust., 14 giugno 2016, *Parlamento c. Consiglio* ("Accordo con la Tanzania"), causa C-263/14, cit., pt. 42; v. anche, in tal senso, Corte giust., 6 dicembre 2001, parere 2/00, ECLI:EU:C:2001:664, pt. 5.

19 Sulla definizione dell'art. 218 TFUE come base giuridica "procedurale" v. *inter alia*, Corte giust., 2 settembre 2021, C-180/20, *Commissione c. Consiglio* (Accordo con l'Armenia), ECLI:EU:C:2021:658, pt. 56.

20 v., in tal senso, Corte giust., 4 settembre 2018, *Commissione c. Consiglio* (Accordo con il Kazakhstan), causa C-244/17, ECLI:EU:C:2018:662, pt. 28.

21 v. sotto, particolarmente par. 2.

decisioni aventi, oltre alla base giuridica procedurale (l'art. 218 TFUE), una sola base giuridica sostanziale: l'art. 217 TFUE, cioè la base giuridica degli accordi di associazione. La scelta di concludere il TCA come accordo *EU-only* fondato sull'art. 217 TFUE solleva due questioni, che sono oggetto del presente contributo. Da un lato, la delimitazione delle competenze dell'Unione: ci si può chiedere se l'Unione disponesse delle competenze necessarie a concludere il TCA (v. sotto, paragrafo 2) e se, disponendone in astratto, potesse esercitarle in concreto (paragrafo 3). Dall'altro lato, il conflitto fra diverse basi giuridiche: utilizzando il solo art. 217 TFUE come base giuridica del TCA, il Consiglio potrebbe aver compromesso l'applicazione delle procedure previste dal diritto primario per quanto riguarda gli *opt out* di Irlanda e Danimarca (paragrafo 4)²².

2. La competenza dell'Unione a concludere il TCA

L'art. 217 TFUE abilita l'Unione a concludere con Paesi terzi e organizzazioni internazionali accordi che istituiscono un'associazione caratterizzata da diritti e obblighi reciproci, da azioni in comune e da procedure particolari. Gli accordi di associazione creano istituzioni comuni, aventi la competenza ad adottare decisioni vincolanti, che consentono di approfondire l'integrazione tra l'Unione e le sue controparti, nel quadro procedurale previsto dagli accordi²³. Gli accordi di associazione si distinguono dunque dalla generalità degli accordi internazionali conclusi dall'Unione perché creano «vincoli particolari e privilegiati con uno Stato terzo il quale deve, almeno in parte, partecipare al regime comunitario»²⁴. Nella prassi, gli accordi di associazione assicurano un grado di integrazione variabile tra l'Unione e gli Stati terzi: se alcuni accordi di associazione sono poco più che trattati commerciali, altri assicurano un'ampia integrazione con l'Unione²⁵.

Il TCA si colloca fra questi estremi. Sebbene il suo nome non menzioni la parola «associazione»²⁶, il TCA si qualifica certamente come accordo di associazione²⁷, nella misura in cui crea istituzioni comuni (un Consiglio di partenariato e comitati dotati del potere di adottare atti vincolati)²⁸. Non stupisce, dunque, che il Consiglio abbia deciso di includere l'art. 217 TFUE fra le basi giuridiche della decisione che conclude il TCA. Ma questa disposizione è una base giuridica sufficiente per il TCA?

22 Questo contributo si focalizza sulla questione più problematica inerente al fondamento giuridico del TCA, cioè la base giuridica sostanziale; non tratta invece della base giuridica procedurale del TCA, né dei due accordi conclusi assieme al TCA, cioè l'accordo sulla sicurezza delle informazioni (anch'esso, come il TCA, oggetto della Decisione (UE) 2021/689 del Consiglio, cit.) e l'Accordo sugli usi sicuri e pacifici dell'energia nucleare (v. Decisione (Euratom) 2020/2255 della Commissione, in *GUUE* del 31 dicembre 2020, L 445/2-4).

23 P. VAN ELSUWEGE, M. CHAMON, *The meaning of 'association' under EU law: A study on the law and practice of EU association agreements*, Parlamento europeo, 2019, p. 11.

24 Corte giust., 30 settembre 1987, *Demirel*, causa C-12/86, ECLI:EU:C:1987:400, pt. 9.

25 È il caso, ad esempio, dell'Accordo sullo Spazio economico europeo, v. Decisione 94/1 (CE, CECA) del Consiglio e della Commissione, relativa alla conclusione dell'accordo sullo Spazio economico europeo, in *GUUE* del 3 gennaio 1994, L 1/1.

26 Secondo A. ŁAZOWSKI, *Mind the Fog, Stand Clear of the Cliff! From the Political Declaration to the Post-Brexit EU-UK Legal Framework – Part I*, in *European Papers*, 2020, p. 1105 ss., spec. p. 1122, il mancato riferimento all'associazione nel titolo del TCA potrebbe essere funzionale a non dare l'impressione di una subordinazione del Regno Unito all'UE.

27 Non tutti gli accordi di associazione, del resto, fanno riferimento all'«associazione» nel loro titolo, v. P. VAN ELSUWEGE, M. CHAMON, *The meaning of 'association' under EU law: A study on the law and practice of EU association agreements*, cit., p. 15.

28 v. TCA, art. 7, par. 4; art. 8, par. 4, lett. c; art. 10, par. 1.

L'art. 217 TFUE ha una portata molto ampia: secondo la Corte di giustizia, esso attribuisce all'Unione «le competenze necessarie per garantire l'adempimento dei suoi obblighi verso i paesi terzi in tutti i settori contemplati dal trattato FUE»²⁹. La portata dell'art. 217 TFUE non è però illimitata: in conformità con il principio di attribuzione, l'abilitazione generale di cui all'art. 217 TFUE non consente all'Unione di adottare «atti che eccedano i limiti delle competenze che le sono state conferite dagli Stati membri nei trattati per conseguire gli obiettivi posti dai trattati medesimi»³⁰. Infatti, gli accordi di associazione sono sistematicamente adottati in forma mista: l'Unione conclude gli accordi per la parte relativa alle sue competenze, mentre gli Stati li concludono per la parte che concerne le loro. Fa eccezione, oltre al TCA, soltanto l'accordo di associazione col Kosovo³¹, che non è stato concluso in forma mista per ragioni politiche: alcuni Stati membri non riconoscono il Kosovo come Stato indipendente e, di conseguenza, non intendevano approvare, a nome proprio, un accordo con esso³².

Poiché il TCA si diparte dalla prassi prevalente in materia di accordi di associazione, ci si può ragionevolmente chiedere se esso non travalichi i limiti dell'art. 217 TFUE, eccedendo le competenze dell'Unione. Varie disposizioni del TCA rientrano sicuramente nell'ambito di competenze esterne, peraltro esclusive, dell'Unione. L'Unione dispone di una competenza esterna esclusiva *ab origine*, espressamente riconosciuta dal diritto primario, con riferimento al commercio, che è oggetto della Rubrica prima della Seconda parte del TCA³³. L'Unione dispone altresì di competenze esterne esclusive «per esercizio», ai sensi dell'art. 3, par. 1, TFUE. Tale disposizione, che codifica la giurisprudenza, prevede che l'Unione ha la competenza a concludere un accordo internazionale allorché tale conclusione è «prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata»³⁴. Ad esempio, l'Unione è esclusivamente competente a concludere la rubrica terza della seconda parte del TCA – riguardante il trasporto su strada – poiché le sue disposizioni rientrano in un settore ampiamente disciplinato da norme interne dell'Unione e possono incidere sulla portata di queste ultime ovvero modificarla³⁵. È dunque evidente che il TCA

29 Corte giust., 18 dicembre 2014, *Regno unito c. Consiglio* (Accordo di associazione CEE-Turchia), causa C-81/1, ECLI:EU:C:2014:2449, pt. 61; v. anche, in tal senso, Corte giust., 30 settembre 1987, *Demirel*, causa C-12/86, cit., pt. 9.

30 Corte giust., 18 dicembre 2014, *Regno unito c. Consiglio* (Accordo di associazione CEE-Turchia), causa C-81/1, cit., pt. 61; v., in tal senso, Corte giust., 1° ottobre 2009, *CITES*, causa C-370/07, cit., pt. 46.

31 Decisione (UE) 2016/342, relativa alla conclusione dell'accordo di stabilizzazione e di associazione col Kosovo, in *GUUE* del 16 marzo 2016, L 71/1. Nonostante l'Unione abbia concluso un accordo di associazione col Kosovo, si è astenuta dal riconoscerlo in quanto Stato, v. Trib., 23 settembre 2020, *Spagna c. Commissione*, T-370/19, ECLI:EU:T:2020:440, pt. 33.

32 v. P. VAN ELSUWEGE, *Legal Creativity in EU External Relations: The Stabilisation and Association Agreement between the EU and Kosovo*, in *European Foreign Affairs Review*, 2017, pp. 393-410.

33 TCA, Artt. 15-416. Più precisamente, rientrano nell'ambito della politica commerciale tutte le componenti del TCA che presentano un "nesso specifico" con gli scambi commerciali tra l'Unione e il Regno unito, in quanto esso sia essenzialmente destinato a promuoverli, a facilitarli o a disciplinarli ed abbia effetti diretti ed immediati su di essi. v., in tal senso, Corte giust., 16 maggio 2017, parere 2/15 (Accordo con Singapore), ECLI:EU:C:2017:376, punti 36-37 e giurisprudenza richiamata. Su commercio e TCA, v. P. BELLANTE, *I profili di rilevanza doganale nel Trade and Cooperation Agreement (TCA)*, in *Eurojus*, 2021, disponibile al sito internet: <http://rivista.eurojus.it/i-profili-di-rilevanza-doganale-nel-trade-and-cooperation-agreement-tca/>.

34 V. in particolare Corte giust., 31 marzo 1971, *Commissione c. Consiglio* ("AETS"), causa 22/70, ECLI:EU:C:1971:32.

35 TCA, art. 459-487; v. Corte giust., parere 2/15, cit., punti 204-212.

dovesse essere concluso dall'Unione, almeno in parte. Ad ogni modo, ciò non significa automaticamente che l'Unione potesse concludere il TCA nella sua interezza, come ha fatto.

Potrebbe sembrare, almeno a prima vista, che alcune parti del TCA ricadano tra le competenze degli Stati membri. Il TCA tratta di alcune materia prossime al nocciolo della sovranità statale, segnatamente nella Parte terza riguardante la “Cooperazione delle autorità di contrasto e giudiziarie in materia penale” (artt. 522 ss.; in inglese “Law enforcement and judicial cooperation in criminal matters”). È stato rilevato in dottrina che questa Parte del TCA sarebbe problematica, in quanto «Law enforcement is an example of an area that falls squarely within the competences of the Member States»³⁶. Se questa linea argomentativa fosse corretta, se ne dovrebbe dedurre che parte del TCA rientri nell'ambito delle competenze degli Stati membri; di conseguenza, si sarebbe dovuto concludere il TCA nella forma mista (si tratterebbe cioè di una situazione nota come «obligatory mixity»)³⁷.

Una più attenta analisi suggerisce però che il TCA non incide sulle competenze degli Stati membri. È vero che, ai sensi dell'art. 72 TFUE, la cooperazione giudiziaria e di polizia promossa dall'Unione «non osta all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna». Ciò non significa, però, che qualsiasi provvedimento adottato per motivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza esuli dall'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione³⁸. All'UE è stata attribuita la competenza, *inter alia*, a promuovere la cooperazione procedurale penale nell'Unione (art. 82 TFUE), il ravvicinamento del diritto penale sostanziale degli Stati membri (art. 83 TFUE), nonché la cooperazione di polizia tra le autorità degli Stati membri (art. 87 TFUE). In questi settori, sebbene i Trattati non lo affermino espressamente, l'Unione dispone anche della competenza a concludere accordi internazionali che instaurano con *Paesi terzi* una cooperazione di polizia e in materia penale³⁹.

La Parte terza del TCA mira per l'appunto ad instaurare (o a mantenere) la cooperazione con le autorità giudiziarie e di polizia del Regno Unito, replicando a livello bilaterale – nei limiti del possibile – strumenti e meccanismi già esistenti all'interno dell'Unione⁴⁰. Ad esempio, il TCA introduce un meccanismo di “Consegna” che mira a replicare il mandato d'arresto europeo⁴¹; similmente, le disposizioni del TCA relative a DNA, impronte digitali, e immatricolazione di veicoli replicano le c.d. Decisioni di Prüm⁴². Non sembra vi siano ragioni per ritenere che tali meccanismi e strumenti, già esistenti in diritto dell'Unione, esulino dalle competenze dell'UE in materia di cooperazione penale e di polizia o comportino un'impropria interferenza con le responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento

36 C. ECKES, P. LEINO-SANDBERG, 'In view of the exceptional and unique character' of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement – an Exception to Separation of Powers within the EU?, cit., corsivo nell'originale.

37 Sull'*obligatory mixity*, v. A. ROSAS, *Mixity Past, Present and Future: Some Observations*, in M. CHAMON, I. GOVAERE (a cura di), cit., p. 8 ss., spec. p. 14.

38 Corte giust., 2 aprile 2020, *Commissione c. Polonia* (“Meccanismo temporaneo di ricollocazione di richiedenti protezione internazionale”), cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257, pt. 143.

39 Corte giust., 26 luglio 2017, parere 1/15, ECLI:EU:C:2017:592, punti 98-99; v. anche, in tal senso, Corte giust., 14 giugno 2016, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-263/14, ECLI:EU:C:2016:435, pt. 47.

40 V. MITSILEGAS, *A new 'special relationship' or a damage limitation exercise? EU-UK criminal justice cooperation after Brexit*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2021, pp. 105-106.

41 TCA, artt. 596-632.

42 TCA, artt. 527-641; cfr. Decisione 2008/616 (GAI) del Consiglio, in *GUUE* del 6 agosto 2008, L 210/12-72; Decisione 2008/615 (GAI) del Consiglio, in *GUUE* del 6 agosto 2008, L 210/1-11.

dell'ordine pubblico. Pare dunque corretta l'opinione del Servizio giuridico del Consiglio, secondo cui «the EU has competence in all the fields covered by [the TCA]»⁴³.

3. L'esercizio delle competenze dell'Unione nella conclusione del TCA

Atteso che il TCA è coperto da competenze dell'Unione nella sua interezza, resta da verificare se l'Unione potesse esercitare tali competenze con la conclusione di questo accordo, e che quindi lo potesse concludere nella forma *EU-only*.

Alcune porzioni del TCA sono coperte da competenze esclusive dell'Unione *ab origine* (commercio) o per esercizio (ad es. trasporti su strada); tali porzioni del TCA non sono problematiche sul piano dell'esercizio delle competenze, nella misura in cui le competenze esclusive devono essere generalmente esercitate dall'Unione⁴⁴. Il problema si pone piuttosto per quanto riguarda le parti del TCA coperte da *competenze non esclusive* (cui il Consiglio si riferisce, in modo fuorviante, come competenze “potenziali”)⁴⁵. Talune questioni regolate dall'ASCC parrebbero rientrare nell'ambito di competenze di coordinamento e supporto, come il coordinamento della sicurezza sociale⁴⁶. Altre concernono competenze concorrenti non previamente esercitate dall'Unione, e quindi esercitabili dagli Stati membri, come i diritti di traffico relativi al trasporto aereo⁴⁷. Nei settori coperti da competenze di coordinamento e da competenze concorrenti non previamente esercitate, l'Unione usualmente non esercita la competenza esterna e conclude quindi accordi misti⁴⁸. Non a caso, infatti, gli accordi di associazione sono normalmente misti⁴⁹. L'Unione si è dipartita dalla prassi nel caso del TCA, esercitando competenze non esclusive, e concludendo quindi l'Accordo in forma *EU-only*.

È possibile che l'Unione eserciti, al momento della conclusione di un accordo internazionale, una competenza non esclusiva? La questione è stata a lungo controversa ed è stata risolta definitivamente solo nel 2017, nel caso *Germania c. Consiglio (COTIF)*⁵⁰. Ad opinione del governo tedesco, in un settore di competenza concorrente l'Unione potrebbe esercitare la sua competenza esterna soltanto a condizione che le disposizioni di un accordo internazionale abbiano «un'incidenza diretta sull'*acquis* dell'Unione», nel senso che vi sono “norme comuni” dell'Unione che rischiano di essere violate o di cui si rischia di alterare la

43 Servizio giuridico del Consiglio, *Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part*, 25 gennaio 2021, doc. del Consiglio 5591/21, punto 29 (il documento è disponibile al sito internet: <http://eulawanalysis.blogspot.com>).

44 v. Art. 2, par. 1, TFUE.

45 v. Servizio giuridico del Consiglio, cit.; l'uso di questa dicitura da parte del Consiglio è riportato anche nelle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar rese in data 24 aprile 2017, *Germania c. Consiglio* (“COTIF”), causa C-600/14, ECLI:EU:C:2017:296, pt. 93. A mio avviso, le competenze attribuite all'Unione – esclusive o meno – sono tutte competenze “in atto”, poiché sono effettivamente attribuite all'Unione ed essa può esercitarle: non è necessario che il Consiglio eserciti una competenza perché essa passi dalla “potenza” all’“atto”.

46 TCA, artt. 488-392.

47 TCA, art. 419.

48 Sui diritti di traffico relativi al trasporto aereo, in particolare, v. Servizio giuridico del consiglio, cit., pt. 36; Corte giust., 5 novembre 2002, *Commissione c. Belgio* (“Open skies”), causa C-471/98, ECLI:EU:C:2002:628, pt. 104; v. anche Regolamento (CE) n. 847/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, in *GUUE* del 30 aprile 2004, L 157/7–17, art. 5.

49 v. sopra, par. 2.

50 Corte giust., 5 dicembre 2017, *COTIF*, causa C-600/14, ECLI:EU:C:2017:935; v. anche E. NEFRAMI, *Article 216(1) TFEU and the Union's shared external competence in the light of mixity: Germany v. Council (COTIF)*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 489 ss.

portata⁵¹. In altri termini, la competenza esterna dell'Unione sarebbe consustanziale alla sua competenza esterna *esclusiva*: a ciò conseguirebbe che, laddove un accordo internazionale riguardi, in tutto o in parte, competenze concorrenti (non previamente esercitate) tale accordo dovrebbe essere concluso obbligatoriamente in forma mista.

Tale lettura dei Trattati è però fallace, come chiarito dalla Corte di giustizia⁵². La Corte ha precisato che occorre operare una distinzione tra l'esistenza di una competenza esterna dell'Unione e la natura esclusiva o concorrente di questa eventuale competenza. Infatti, i casi nei quali l'Unione dispone di una competenza esterna, conformemente all'art. 216 TFUE, non si limitano alle varie ipotesi previste dall'art. 3, nelle quali l'Unione dispone di una competenza esterna esclusiva⁵³. L'art. 216 TFUE, in particolare, attribuisce all'Unione un'amplissima competenza esterna: l'Unione può concludere un accordo internazionale ogni qual volta tale conclusione «sia necessaria per realizzare, nell'ambito delle politiche dell'Unione, uno degli obiettivi fissati dai trattati».

La competenza esterna dell'Unione può dunque essere esclusiva (se ricorrono le condizioni stringenti dell'art. 3 TFUE, segnatamente il rischio di incidenza sull'*acquis*) o non esclusiva (se ricorrono le condizioni, potenzialmente più lasche, dell'art. 216 TFUE). Nel primo caso, la competenza dovrà generalmente essere esercitata dall'Unione. Nel secondo, la competenza esterna *potrà* essere esercitata dall'Unione; spetta al Consiglio decidere *se* esercitare tale competenza, al momento dell'autorizzazione della firma dell'accordo internazionale⁵⁴. Se il Consiglio esercita la competenza non esclusiva, l'accordo prenderà la forma *EU-only*; se il Consiglio *non* esercita la competenza non esclusiva, tale competenza potrà essere esercitata dagli Stati membri, e l'accordo sarà dunque concluso in forma mista. Giacché la forma mista è, in questo caso, il prodotto di una scelta discrezionale del Consiglio, si parla comunemente di «*facultative mixity*»⁵⁵.

Nella prassi, il Consiglio tende a *non* esercitare le competenze esterne non esclusive, privilegiando la forma mista anche laddove essa non sarebbe indispensabile, per ragioni politiche e di principio: «EU Member States see participation in the external sphere, with or without the EU, as part and parcel of Statehood [...] After all, treaty- making capacity is still regarded as an essential attribute of Statehood»⁵⁶. Il Consiglio spesso precisa, a scanso di equivoci, che la conclusione a nome dell'Unione «riguarda le materie ricadenti nella competenza dell'Unione nella misura in cui la convenzione può incidere su norme comuni o

51 *Id.*, pt. 34.

52 *Id.*, punto 68; si noti che in tal punto la Corte chiarisce un passaggio ambiguo del parere 2/15, cit., pt. 244 (sul chiarimento di tale ambiguità, v. S. BOLAERT, *Mixity versus Unity: a View from the Other Side of the Rue de la Loi*, cit., p. 266-267; v. ulteriormente Corte giust., 20 novembre 2018, *Commissione c. Consiglio* (“Weddel”), cause riunite C-626/15 e C-659/16, ECLI:EU:C:2018:925, pt. 126.

53 Corte giust., 5 dicembre 2017, *COTIF*, causa C-600/14, cit., pt. 50.

54 In linea di principio, la scelta relativa all'esercizio della competenza non esclusiva dell'Unione è soggetta, come nella generalità dei casi, al principio di sussidiarietà, di cui all'art. 5, par. 3, TUE. Nella prassi, però, il principio di sussidiarietà non sembra avere effetti giuridici precisi al punto da costituire un reale limite alla discrezione del Consiglio, il quale decide perciò di esercitare o meno la competenza esterna non esclusiva sulla base di considerazioni politiche, cfr. I. BOSSE- PLATIÈRE, CREMONA, *Facultative Mixity in the Light of the Principle of Subsidiarity*, in M. CHAMON, I. GOVAERE (a cura di), cit., p. 48 ss., in particolare alle pp. 69-70.

55 V. A. ROSAS, *Mixity Past, Present and Future: Some Observations*, cit., p. 14; v. anche, più estesamente, i contributi a M. CHAMON, I. GOVAERE (a cura di), cit.

56 S. BOLAERT, *Mixity versus Unity: a View from the Other Side of the Rue de la Loi*, cit., p. 253.

modificarne la portata»⁵⁷; in altri termini, il Consiglio esercita soltanto le competenze esclusive dell'Unione, lasciando agli Stati la conclusione dell'accordo per quanto concerne gli aspetti che ricadono tra le competenze non esclusive.

Ciò nonostante, il Consiglio occasionalmente decide di esercitare le competenze esterne non esclusive dell'Unione, evitando quindi l'uso della forma mista. Ciò avviene quando il Consiglio ha un particolare interesse politico ad utilizzare la forma *EU-only*, segnatamente quando è necessario concludere rapidamente un accordo (senza attendere le ratifiche di tutti gli Stati membri)⁵⁸. Ad esempio, nel 2011 il Consiglio ha esercitato le competenze non esclusive dell'Unione al fine di concludere – nella forma *EU-only* – la Convenzione dell'Aia sull'esazione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia⁵⁹. Probabilmente, questa scelta è dipesa dall'intenzione di assicurare una rapida conclusione da parte dell'Unione, che avrebbe dovuto stimolare gli Stati terzi a ratificare⁶⁰. Quando il Consiglio esercita le competenze non esclusive, ad ogni modo, si cura di enfatizzare l'eccezionalità della situazione: nel caso della Convenzione dell'Aia succitata, ad esempio, il Consiglio ha precisato che l'Unione avrebbe concluso la convenzione «da sola» soltanto «in questo caso particolare»⁶¹.

Il Consiglio ha adottato un atteggiamento simile anche rispetto al TCA. Inizialmente, la posizione del Consiglio era attendista: come da prassi consolidata, ha evitato di scegliere se usare la forma mista, lasciando la questione impregiudicata fino alla fine del negoziato⁶². La scelta sulla forma del TCA è stata presa al momento di autorizzare la firma dell'Accordo. A questo punto, il Consiglio ha deciso di esercitare la competenza dell'Unione rispetto all'intero accordo⁶³. La ragione di questa scelta pare legata, come di consueto, alle tempistiche della ratifica. Gli accordi misti, per definizione, devono essere conclusi dall'Unione e ratificati dagli Stati membri. Come significativamente ricordato dal Servizio giuridico del Consiglio, l'Unione generalmente attende la ratifica di tutti gli Stati membri prima di concludere l'Accordo⁶⁴: la conclusione di un accordo misto può dunque richiedere anni, e può essere bloccata laddove il Parlamento (o il referendum) di uno Stato membro vi si opponga, com'è avvenuto, ad esempio, con l'Accordo di associazione con l'Ucraina⁶⁵. Nel periodo che intercorre fra la firma e la conclusione di un accordo misto, questo può essere applicato in via provvisoria, ma soltanto per le parti di accordo che rientrano nella competenza dell'Unione.

57 Decisione (UE) 2017/865 del Consiglio, in *GUUE* del 20 maggio 2017, L 131/11–12, considerando 6. V. anche C. MATERA, M. GATTI, *Facultative Mixity in the Area of Freedom Security and Justice*, in M. CHAMON, I. GOVAERE (a cura di), cit., p. 187 ss., spec. p. 205.

58 In altri termini, è necessario che i governi nazionali abbiano interesse a che un accordo sia concluso rapidamente; ad es., il governo italiano ha spesso espresso preferenza, per “*pro-trade pragmatism*”, a favore di accordi commerciali in forma *EU-only*, v. C. TOVO, *Mixed Agreements in the Italian Legal Order*, cit., spec. pp. 345 e 361.

59 Decisione del Consiglio (UE) 2011/220, in *GUUE* del 7 aprile 2011, L 93/9.

60 V. C. MATERA, M. GATTI, *Facultative Mixity in the Area of Freedom Security and Justice*, cit., p. 199.

61 Decisione del Consiglio (UE) 2011/220 cit., preambolo, considerando 4.

62 Consiglio, Council Decision authorising the opening of the negotiations for a new partnership with the United Kingdom, 24 febbraio 2020, documento 6239/20, Allegato B: Statement by the Council and by the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council.

63 Decisione (UE) 2020/2252, cit.

64 Servizio giuridico del Consiglio, cit., pt. 27.

65 V. G. VAN DER LOO, R.A. WESSEL, *The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Options*, in *Common Market Law Review*, 2017, pp. 735–770.

Viceversa, un accordo *EU-only* può essere applicato interamente, in modo provvisorio, già a partire dalla firma, e può essere poi rapidamente concluso. Il procedimento è stato particolarmente rapido nel caso del TCA: il negoziato si è chiuso il 24 dicembre 2020 e, dopo una sola settimana, l'Accordo era firmato e applicato provvisoriamente. La conclusione del TCA in forma *EU-only*, sebbene incoerente con la prassi del Consiglio, ha garantito un'efficace azione dell'Unione sulla scena internazionale.

4. Il conflitto fra basi giuridiche nella conclusione del TCA

Una volta stabilito che l'Unione era competente a concludere il TCA, e poteva esercitare la sua competenza in modo da concludere tale Accordo in forma *EU-only*, resta da valutare se esso potesse essere adottato sulla base di una singola base giuridica sostanziale, l'art. 217 TFUE. Il TCA si occupa infatti di numerose materie, dal commercio, alla pesca, ai trasporti, fino alla cooperazione di polizia e penale: è possibile concludere un accordo siffatto sulla base del solo art. 217 TFUE?

Nell'ordinamento dell'Unione, la scelta del fondamento giuridico di un atto non può dipendere solo dal convincimento di un'istituzione circa lo scopo perseguito, ma deve basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra i quali figurano lo scopo e il contenuto di tale atto⁶⁶. Secondo la c.d. dottrina del centro di gravità, laddove un atto dell'Unione persegua una duplice finalità, o abbia una duplice componente, vi sono due possibilità: (i) una di tali finalità o componenti è identificabile come principale, mentre l'altra è solo accessoria; in tal caso, l'atto deve fondarsi solo su una base giuridica, cioè quella richiesta dalla finalità o dalla componente principale; (ii) l'atto ha più finalità o ha più componenti legate tra loro in modo inscindibile, senza che una sia accessoria rispetto all'altra; un tale atto, in via d'eccezione, deve fondarsi sulle diverse basi giuridiche corrispondenti⁶⁷.

Il TCA ha varie finalità e componenti, non necessariamente accessorie l'una all'altra. Ad esempio, il TCA mira contemporaneamente a «garantire un mercato aperto e sicuro per le imprese» e a contribuire alla «prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati ed esecuzione di sanzioni penali»⁶⁸. In linea di principio, il Consiglio avrebbe potuto includere numerose disposizioni del TFUE come basi giuridiche del TCA. Sarebbe stato però difficile stabilire *quali* componenti del TCA fossero realmente principali, e dunque meritevoli di basi giuridiche; in ogni caso, la presenza di molteplici basi giuridiche avrebbe comportato la necessità di rispettare diverse procedure decisionali, potenzialmente fra loro incompatibili⁶⁹.

66 v., *inter alia*, Corte giust., 2 settembre 2021, *Commissione c. Consiglio* (Accordo con l'Armenia), causa C-180/20, cit., pt. 32; Corte giust., 4 settembre 2018, *Commissione c. Consiglio* (Accordo con il Kazakhstan), causa C-244/17, cit., pt. 36; Corte giust., 11 giugno 1991, *Commissione c. Consiglio* ("Biossido di titanio"), causa C-300/89, ECLI:EU:C:1991:244, pt. 10.

67 v., *inter alia*, Corte giust., 2 settembre 2021, *Commissione c. Consiglio* (Accordo con l'Armenia), causa C-180/20, cit., pt. 34; Corte giust., 4 settembre 2018, *Commissione c. Consiglio* (Accordo con il Kazakhstan), causa C-244/17, cit., pt. 37 e giurisprudenza citata.

68 TCA, preambolo, considerando 10 e 23.

69 In tal senso, P. VAN ELSUWEGE, *A New Legal Framework for EU-UK Relations: Some Reflections from the Perspective of EU External Relations Law*, cit., p. 792. Sull'impossibilità di cumulare basi giuridiche con procedure incompatibili, v. Corte giust., 2 settembre 2021, *Commissione c. Consiglio* (Accordo con l'Armenia), causa C-180/20, cit., pt. 34; Corte giust., 6 novembre 2008, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-155/07, ECLI:EU:C:2008:605, pt. 37; Corte giust., 11 giugno 1991, *Commissione c. Consiglio* ("Biossido di titanio"), causa C-300/89, cit., punti 18-21.

Il Consiglio ha evitato questi problemi fondando la conclusione del TCA sul solo art. 217 TFUE, il quale attribuisce all'Unione, come sopra riportato, le competenze necessarie per garantire l'adempimento dei suoi obblighi verso i paesi terzi «in tutti i settori contemplati dal trattato FUE»⁷⁰. In altri termini, l'art. 217 TFUE «assorbe» le basi giuridiche settoriali del TFUE nella conclusione di accordi di associazione, ovviando così alla necessità di includere una molteplicità di basi giuridiche come fondamento delle decisioni che concludono tali accordi. Proprio perché hanno una portata così ampia, gli accordi di associazione sono conclusi con una procedura relativamente onerosa, che include tanto il voto all'unanimità in Consiglio, quanto la previa approvazione del Parlamento europeo⁷¹.

La scelta dell'art. 217 TFUE come base giuridica del TCA sembrerebbe generalmente in linea con la prassi, dato che le decisioni sulla conclusione degli Accordi di associazione sono usualmente fondate su questa disposizione. D'altronde, vi sono tre scenari in cui l'art. 217 TFUE è stato accostato ad altre basi giuridiche.

In primo luogo, l'art. 217 TFUE è stato cumulato con basi giuridiche che, prima di Lisbona, appartenevano al pilastro 'comunitario', per fondare decisioni sulle posizioni da prendere in seno ai consigli di associazione⁷². Tale prassi pare compatibile coi Trattati: la Corte di giustizia ha affermato che l'articolo 217 TFUE può essere cumulato, in particolare, con l'articolo 48 TFUE al fine di adottare una decisione sulla posizione dell'Unione in merito al coordinamento dei sistemi previdenziali con uno Stato terzo⁷³. Bisogna però precisare che tale giurisprudenza si riferisce alle decisioni adottate sulla base degli accordi di associazione, e non alla conclusioni dei medesimi: una decisione che mira all'attuazione di un accordo di associazione non può, in generale, essere considerata simile a un tale accordo⁷⁴. Le decisioni prese in virtù di un accordo di associazione devono essere adottate in base al fondamento normativo corrispondente al loro oggetto (come il coordinamento dei sistemi previdenziali), mentre la decisione di adottare l'insieme delle misure che comporta un accordo di associazione, che ha un oggetto più ampio, si deve generalmente fondare sul solo art. 217 TFUE⁷⁵.

In secondo luogo, il Consiglio ha talvolta cumulato l'art. 217 TFUE con una base giuridica dell'ex secondo pilastro (la Politica estera e di sicurezza comune, PESC), per concludere accordi di associazione che includevano clausole sul dialogo politico. Questa soluzione è controversa ed è stata censurata dalla Corte di giustizia⁷⁶. Ad ogni modo, essa non

70 Corte giust., 18 dicembre 2014, *Regno unito c. Consiglio* (Accordo di associazione CEE-Turchia), causa C-81/1, cit., pt. 61; in tal senso, Corte giust., 30 settembre 1987, *Demirel*, causa C-12/86, cit., pt. 9.

71 v. art. 218, parr. 6 e 8.

72 V. ad es. Decisione (UE) 2019/466 del Consiglio, del 18 marzo 2019, in *GUUE* del 22 marzo 2019, L 80/26–38.

73 Corte giust., 18 dicembre 2014, *Regno unito c. Consiglio* (Accordo di associazione CEE-Turchia), causa C-81/1, cit., pt. 63.

74 Corte giust., 4 settembre 2018, *Commissione c. Consiglio* (Accordo con il Kazakhstan), causa C-244/17, cit., pt. 33.

75 V., in tal senso, la posizione di Regno unito e Consiglio in Corte giust., 18 dicembre 2014, *Regno unito c. Consiglio* (Accordo di associazione CEE-Turchia), causa C-81/1, cit., punti 26 e 32. Nel caso di specie, l'accordo di associazione su cui si fondava la decisione controversa era infatti fondato sull'art. 238 CE, predecessore dell'art. 217 TFUE, v. Decisione (CEE) 64/732 del Consiglio, in *GUCEE* del 29 dicembre 1964, L 217/3685.

76 Corte giust., 2 settembre 2021, *Commissione c. Consiglio* (Accordo con l'Armenia), causa C-180/20, cit., pt. 52; Corte giust., 4 settembre 2018, *Commissione c. Consiglio* (Accordo con il Kazakhstan), causa C-244/17, cit., pt. 45.

viene in rilievo per quanto riguarda il TCA, dato che esso «non comprende disposizioni per la cooperazione nel settore della politica estera»⁷⁷.

In terzo luogo, l'art. 217 è stato accostato a basi giuridiche dell'ex terzo pilastro, cioè lo Spazio di libertà sicurezza e giustizia (LSG), ed è questa la questione principale per quanto riguarda il TCA. Questo Accordo ha un'importante componente LSG, poiché include numerose disposizioni sulla Cooperazione delle autorità di contrasto e giudiziarie in materia penale (v. sopra, paragrafo 2). In questo contesto, si pone il problema degli *opt-out* di Irlanda e Danimarca. Ai sensi del Protocollo 21 al TUE, l'Irlanda può decidere, di volta in volta, se partecipare all'adozione di, ed essere vincolata da, atti in materia di LSG (c.d. *opt-in*)⁷⁸. Il Protocollo 22, invece, prevede che la Danimarca non partecipi all'adozione di, e non sia vincolata da, gli atti adottati nello Spazio LSG dopo il Trattato di Lisbona; può comunque impegnarsi, in diritto internazionale, a recepire nel proprio diritto interno misure svolte a sviluppare l'*acquis* di Schengen⁷⁹. Quando Irlanda e Danimarca non partecipano all'adozione di un atto, non si considera il voto dei loro rappresentanti in sede di Consiglio ai fini dell'approvazione del medesimo.

Secondo una linea inizialmente sposata dal Servizio giuridico del Consiglio, un accordo avente una *qualunque* componente, financo ancillare, relativa allo spazio LSG avrebbe dovuto includere una disposizione LSG tra le sue basi giuridiche; l'applicazione della dottrina del centro di gravità, infatti, avrebbe avuto l'effetto di «divesting the protocols of any useful effect»⁸⁰. La Corte di giustizia ha invece affermato che i Protocolli 21 e 22 non incidono sulla questione della base giuridica adeguata per l'adozione di un atto di diritto derivato⁸¹: se un atto ha contenuto o scopi *accessori* relativi allo spazio LSG, essi non necessitano di una base giuridica afferente a questa politica, come previsto dalla dottrina del centro di gravità (vedi sopra).

Nel caso del TCA, ad ogni modo, gli aspetti LSG non sono accessori, ma rientrano fra i contenuti e obiettivi principali dell'Accordo. Si potrebbe ipotizzare che, poiché l'art. 217 TFUE può essere utilizzato «in tutti i settori contemplati dal trattato FUE»⁸², l'art. 217 TFUE possa “assorbire” le componenti LSG di un accordo di associazione, così come “assorbe” le altre basi giuridiche del TFUE. D'altronde, si potrebbe anche sostenere che tale “assorbimento” possa pregiudicare l'effetto utile dei Protocolli 21 e 22: non avendo basi giuridiche relative allo Spazio LSG, un accordo di associazione fondato sul solo art. 217

77 Commissione europea, Proposta di Decisione del Consiglio relativa alla conclusione, a nome dell'Unione, dell'accordo sugli scambi e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall'altra, e dell'accordo tra l'Unione europea e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord sulle procedure di sicurezza per lo scambio e la protezione di informazioni classificate, COM(2020) 856 final/2, p. 8.

78 Protocollo 21 al TUE.

79 Protocollo 22 al TUE, art. 4.

80 Servizio giuridico del Consiglio, parere sulla “proposal for a Council Decision concerning the accession of the European Union to the Protocol of 2002 to the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974”, 24 marzo 2011, documento del Consiglio 8175-/11, par. 10.

81 Corte giust., parere 1/15, cit., pt. 108; v. anche, in tal senso, Corte giust., 18 dicembre 2014, *Regno unito c. Consiglio* (Accordo di associazione CEE-Turchia), causa C-81/1, cit., pt. 37; Corte giust., 22 ottobre 2013, *Commissione c. Consiglio*, causa C-137/12, ECLI:EU:C:2013:675, pt. 73; Corte giust., 27 febbraio 2014, *Regno Unito c. Consiglio*, causa C-656/11, ECLI:EU:C:2014:97, pt. 49.

82 Corte giust., 18 dicembre 2014, *Regno unito c. Consiglio* (Accordo di associazione CEE-Turchia), causa C-81/1, cit., pt. 61.

TFUE sarebbe approvato dai rappresentanti di, e sarebbe vincolante per, tutti gli Stati membri, senza eccezioni per Danimarca e Irlanda.

Per preservare in modo completo l'effetto dei Protocolli 21 e 22 nella conclusione del TCA, si sarebbe potuto ipotizzare il cumulo dell'art. 217 TFUE con basi giuridiche LSG. Come la Corte ha chiarito nel Parere 1/15, il cumulo tra basi giuridiche LSG e altre basi giuridiche del TFUE è generalmente possibile, ad una condizione: che la Danimarca non partecipi all'adozione dell'atto e non ne sia vincolata⁸³. Quanto all'Irlanda, essa può semplicemente esercitare l'*opt-in* e contribuire all'adozione dell'atto, senza con ciò incidere sulle regole di voto in seno al Consiglio⁸⁴. Questa strada, seppur percorribile in teoria nel caso del TCA, avrebbe portato all'inapplicabilità dell'intero Accordo alla Danimarca.

Per ovviare, almeno in parte, a questo problema, il Consiglio avrebbe potuto rifarsi alla prassi relativa all'Accordo di associazione con l'Ucraina. Nel 2017 il Consiglio, su richiesta del Regno Unito, ha deciso di concludere tale accordo per mezzo di *due* decisioni⁸⁵: l'una fondata su una base giuridica LSG (art. 79, par. 2, lett. b, TFUE, relativa all'art. 17 dell'Accordo di associazione, sul trattamento dei cittadini dei paesi terzi legalmente assunti come lavoratori subordinati) e soggetta ai Protocolli 21 e 22⁸⁶; l'altra fondata sull'art. 217 TFUE (e relativa al resto dell'Accordo di associazione). Questa soluzione ha permesso di escludere la Danimarca dall'applicazione di una sola parte, peraltro ridotta, dell'Accordo di associazione con l'Ucraina.

Anche questa soluzione sarebbe però stata inefficiente nel caso del TCA, poiché avrebbe portato ad escludere la Danimarca dall'applicazione delle disposizioni in materia di cooperazione penale. Si può immaginare che ciò sarebbe stato problematico, segnatamente, per quanto concerne la "Consegna", cioè la parte del TCA che sostituisce, nelle relazioni bilaterali UE-Regno Unito, il mandato d'arresto europeo (cui la Danimarca partecipa)⁸⁷. Si sarebbero quindi dovuti adottare ulteriori strumenti di diritto internazionale al fine di assicurare la piena applicazione del TCA nei confronti della Danimarca. Vista la necessità di applicare il TCA in tempi brevi, questa strada dev'essere parsa poco percorribile.

Al contrario, la Commissione ha proposto di concludere il TCA sulla sola base giuridica dell'art. 217 TFUE e il Consiglio ha approvato la proposta. Tale esito può sembrare paradossale, dato che potrebbe pregiudicare l'effetto dei Protocolli 21 e 22⁸⁸, che il Consiglio si è sempre prodigato a preservare, anche in situazioni in cui la componente LSG era molto ridotta, come nel succitato caso dell'Accordo di associazione con l'Ucraina. Curiosamente, il TCA ha una componente LSG ben più sviluppata dell'Accordo con l'Ucraina; eppure, il Consiglio ha adottato un atteggiamento diametralmente opposto al passato, prescindendo da qualunque considerazione in merito all'effetto utile dei Protocolli 21 e 22.

5. Conclusione

83 Corte giust., parere 1/15, cit., pt. 113. La Corte faceva qui riferimento all'art. 16 TFUE (tutela dei dati personali), ma si può ipotizzare che simili considerazioni valgano anche per altre basi giuridiche del TFUE.

84 V., *mutatis mutandis*, Corte giust., parere 1/15, cit., pt. 110.

85 G. VAN DER LOO, *The EU- Ukraine Association Agreement and Deep and Comprehensive Free Trade Area*, Leiden, 2016, p. 169.

86 Decisione (UE) 2017/1248 del Consiglio, in *GUUE* del 12 luglio 2017, L 181/4.

87 v. TCA, artt. 596-632.

88 Tale tesi è sostenuta dal/dalla ricorrente nella causa pendente T-157/21, *RG c. Consiglio*, ricorso proposto il 22 marzo 2021.

Nel campo delle relazioni esterne, le istituzioni dell'Unione adottano spesso posizioni di principio. Mentre la Commissione cerca di espandere lo spazio di azione dell'Unione, il Consiglio mira a preservare un margine di manovra per gli Stati membri. Ad esempio, il Consiglio mira a preservare l'effetto utile degli *opt out* di Danimarca e Irlanda e si rifiuta generalmente di esercitare le competenze esterne non esclusive dell'Unione, privilegiando la forma mista per gli accordi internazionali. Nella maggior parte dei casi, questo atteggiamento non crea ostacoli insormontabili. Nel caso del TCA, però, una rigida tutela delle prerogative statali avrebbe con ogni probabilità comportato ritardi nella conclusione dell'Accordo e, di conseguenza, il *no deal*, con rischi ingenti per l'Unione.

Di fronte a tali rischi, il Consiglio ha accantonato temporaneamente le sue posizioni di principio, adottando un approccio pragmatico. Non è la prima occasione in cui il Consiglio interpreta con realismo, e financo una certa "creatività", le disposizioni istituzionali sull'azione esterna⁸⁹. Ciò che rende straordinario il TCA è la sua importanza politica: non era scontato che *tutti* gli Stati membri – che pure hanno approvato il TCA all'unanimità in sede di Consiglio – adottassero un atteggiamento pragmatico proprio in questo caso. Non era ovvio, in particolare, che Irlanda e Danimarca rinunciassero a far valere il loro *opt out* in materia di LSG.

Ci si potrebbe chiedere se la conclusione del TCA possa costituire un precedente per altri accordi. È vero che una prassi del Consiglio non costituisce un precedente vincolante⁹⁰, neanche per quanto riguarda le basi giuridiche⁹¹, ma crea comunque aspettative politiche quanto al comportamento futuro dell'istituzione. Conscio di tali possibili aspettative, il Consiglio ha rimarcato il «carattere eccezionale e unico» del TCA: il Consiglio ha deciso di «avvalersi della possibilità» che l'Unione esercitasse la sua competenza esterna in relazione al Regno Unito, ma solo perché questi si troverebbe «in una situazione diversa ed eccezionale in relazione all'Unione» rispetto ad altri paesi terzi⁹². Nelle intenzioni del Consiglio, il TCA non dovrebbe costituire un precedente, neppure politico, per accordi successivi: la conclusione di questo Accordo «non pregiudica le rispettive competenze dell'Unione e degli Stati membri riguardo a negoziati in corso o futuri»⁹³. L'esperienza del TCA fa comunque sperare che, di fronte a nuove crisi, il Consiglio sappia ancora trovare soluzioni pragmatiche per gestire le relazioni esterne in modo efficace.

89 Il caso forse più estremo (e famigerato) riguarda la Dichiarazione UE-Turchia, v. *inter alia* E. CANNIZZARO, *Disintegration Through Law?*, in *European Papers*, 2016, pp. 3-6.

90 V. ad es. Corte giust., 25 ottobre 2017, *Commissione c. Consiglio*, causa C-687/15, ECLI:EU:C:2017:803, pt. 42; Corte giust., 1° ottobre 2009, *CITES*, causa C-370/07, cit., pt. 54; Corte giust., 26 marzo 1996, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-271/94, ECLI:EU:C:1996:133, pt. 24.

91 Corte giust., 27 febbraio 2014, *Regno Unito c. Consiglio*, causa C-656/11, cit., pt. 48 e giurisprudenza citata.

92 Decisione (UE) 2020/2252, cit., preambolo, considerando 6; v. anche Decisione (UE) 2021/689, cit., preambolo, considerando 3 e 16.

93 Decisione (UE) 2021/689, cit., art. 10 e preambolo, considerando 15; Decisione (UE) 2020/2252, cit., art. 10 e considerando 15.