

Quaderni AISDUE è la rivista quadrimestrale dell'Associazione Italiana degli Studiosi di Diritto dell'Unione Europea. AISDUE si propone di approfondire lo studio e di diffondere la conoscenza degli aspetti giuridici del processo di integrazione europea, nonché di favorire la collaborazione scientifica e la rappresentanza accademica degli studiosi del diritto dell'Unione europea presso le istituzioni e gli organismi, nazionali ed europei, competenti. Proprio in funzione di tale obiettivo gli studiosi riuniti nell'Associazione intendono valorizzare le peculiarità del diritto dell'Unione europea, in particolare nell'ambito della didattica, della formazione professionale, della valutazione della ricerca e della selezione di docenti e ricercatori.

in copertina: V.A. Serov, Il Ratto d'Europa, 1910

2
2025

RIVISTA QUADERNI AISDUE

ES

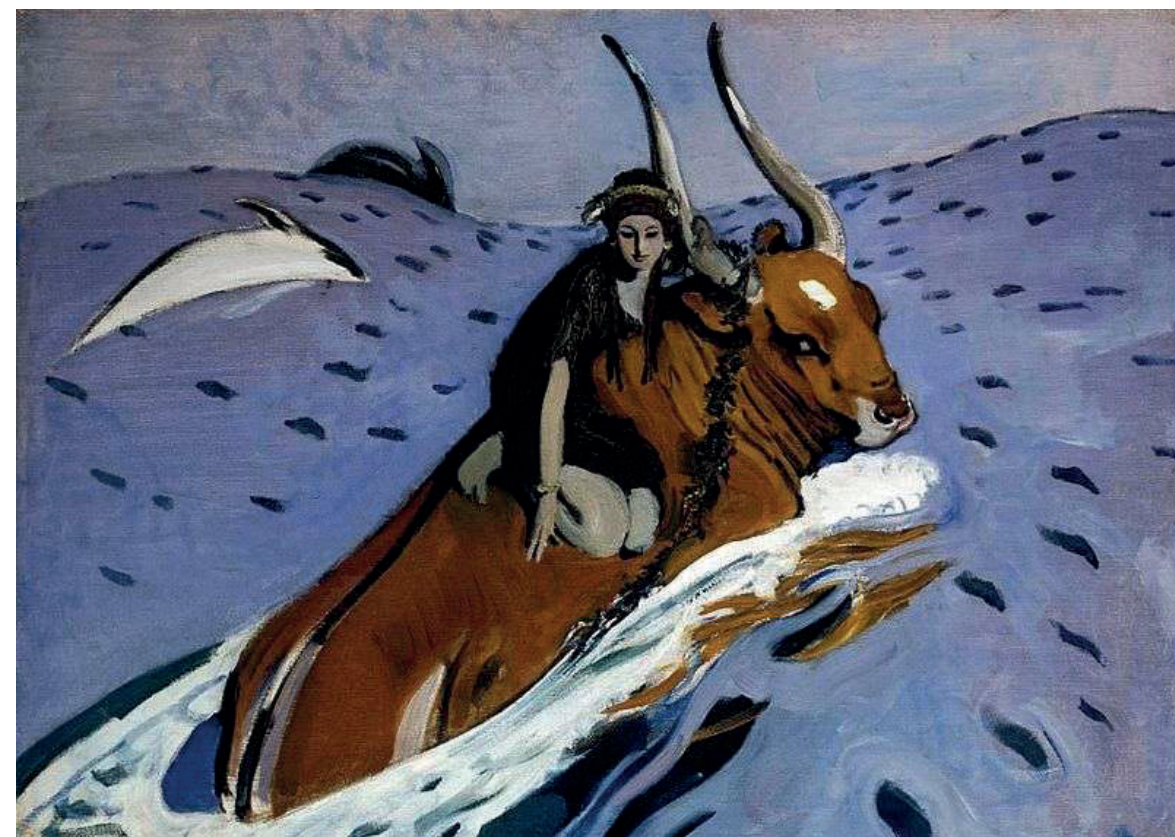
ISSN 2975-2698



RIVISTA QUADERNI AISDUE

2/2025

Editoriale Scientifica



Direttore Responsabile

Antonio Tizzano

Comitato scientifico

Adelina Adinolfi, Giandonato Caggiano, Patrizia De Pasquale,
Alessia Di Pascale, Pietro Manzini, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi,
Paola Mori, Bruno Nascimbene, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri, Antonio Tizzano,
Ennio Triggiani, Jacques Ziller

Comitato di redazione Quaderni AISDUE

Andrea Circolo e Benedetta Minucci (coordinatori),
Mario Barbano, Samuele Barbieri, Camilla Burelli, Federico Ceci,
Angela Correra, Alessandra Favi, Federico Ferri, Miriana Lanotte,
Irene Marchioro, Gabriella Perotto, Martina Previatello,
Alessandro Rosanò, Gabriele Rugani

Coordinatori BlogDUE

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri

Comitato di redazione BlogDUE

Irene Agnolucci, Mario Barbano, Samuele Barbieri, Nicola Bergamaschi, Marco Buccarella, Camilla Burelli, Federico Ceci, Andrea Circolo, Alessandra Favi, Marta Ferrari, Federico Ferri, Lorenzo Grossio, Anna Kompatscher, Clara Labus, Miriana Lanotte, Irene Marchioro, Martina Minardi, Benedetta Minucci, Maria Patrin, Gabriella Perotto, Martina Previatello, Alessandro Rosanò, Gabriele Rugani, Valeria Salese, Sveva Troncone, Alessia Voinich

RIVISTA QUADERNI AISDUE

2025/2

Editoriale Scientifica
Napoli

L'invio di un manoscritto presuppone l'adesione al codice etico della Rivista e l'uniformità dello stesso ai criteri redazionali (consultabili online all'indirizzo www.aisdue.eu).

I contributi sono sottoposti a previo referaggio cieco anonimo secondo i principi descritti nel codice etico e nella procedura di revisione.

Tutti i lavori devono essere inviati in formato word all'indirizzo info@aisdue.eu.

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2025 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISSN 2975-2698

INDICE

Articoli

- MARESCA M., Appunti sulla politica industriale e sul mercato unico. Le riforme necessarie per la competitività (e l'esistenza) dell'Unione in una comunità internazionale in crisi 11
- NASCIMBENE B., Contenuti e cogenza del diritto dell'Unione europea in tema di aiuti bellici, politiche di difesa e solidarietà militare tra gli Stati membri 43

BlogDUE

- AGRATI G., Dopo il Senato, anche la Camera approva, con ulteriori modifiche, il “ddl intelligenza artificiale”: accompagnamento od ostacolo al regolamento europeo sull'intelligenza artificiale? 63
- CECI F., La Corte di cassazione torna sulla natura “mobile” del rinvio *ex art. 3*, secondo comma, della legge n. 218 del 1995 73
- COLETTA G., La solidarietà energetica nell'ordinamento dell'Unione europea e il suo impatto sulla direttiva “Case Green” 85
- FERRARI M., È tempo di competitività in UE: un nuovo sguardo alla direttiva *due diligence* 97
- RUGANI G., The data protection provisions in the new EU-Chile Interim Trade Agreement: a step forward from the past 109
- VOINICH A., *Rating* e sostenibilità: l'Unione europea apre la strada 117

Atti Seminario PIUE – a cura di M. E. Bartoloni e S. Poli (Proiezione internazionale dell'Unione europea) – Pisa, 24 ottobre 2024 Temi di attualità nelle relazioni esterne dell'UE

- BARTOLONI M. E., POLI S., Introduzione 133

PALADINI L., I meccanismi di flessibilità previsti dall'art. 31 TUE: prassi e prospettive	137
RIZZO A., La Corte di giustizia definisce la <i>vexata quaestio</i> della firma degli accordi internazionali dell'Unione	165
CASOLARI F., La proiezione esterna dei valori dell'Unione europea nelle relazioni con un <i>ex</i> Paese membro	183
LANG A., La Convenzione di Aarhus del 1998 e l'attuazione nell'Unione europea	201
CELLERINO C., L'UE tra sicurezza militare e sicurezza economica: ruolo, limiti e potenzialità della disciplina UE sul controllo alle esportazioni dei beni a duplice uso	237
D'AGNONE G., Il regolamento 2019/452 che istituisce un quadro per lo <i>screening</i> degli investimenti esteri diretti: uno strumento in evoluzione	261
MONTINI M., Le principali implicazioni giuridiche del regolamento CBAM nel contesto dell'azione esterna dell'Unione europea	283
POLI S., Revoca e attribuzione della cittadinanza: quali condizionamenti impongono le disposizioni dei Trattati sulla cittadinanza europea e quelle sulla Politica Estera e di Sicurezza Comune?	305
 <i>Atti Convegno IFA – a cura di C. Fratea</i> <i>(Immigrazione, Frontiere e Asilo) – Verona, 6 dicembre 2024</i> <i>Patto immigrazione e asilo: dalle nuove regole alla sfida dell'attuazione</i>	
NASCIMBENE B., Le “sfide” ai diritti fondamentali e alle garanzie giurisdizionali nell'ambito delle procedure introdotte dal nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo	339
FERRI M., Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva tra incertezze e potenzialità: spunti da alcune delle procedure previste dal nuovo Patto	345
PALLADINO R., Le nuove procedure “combinare” di asilo e di rimpatrio alla frontiera: quale incidenza sui diritti riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE?	373

INDICE	7
MOSCHETTA T. M., Il regolamento sulle situazioni di crisi e forza maggiore: riflessioni sulla governance per la gestione “ordinaria” di situazioni “straordinarie”	395
CHERUBINI F., Paesi di origine “sicuri” e Sistema comune europeo di asilo	413
PERARO C., La tutela dei minori stranieri nell’UE tra politiche migratorie e questioni di diritto internazionale privato	443
FRATEA C., La circolazione dello status di rifugiato all’interno dello spazio giuridico europeo	491
PREVIATELLO M., La nuova dimensione esterna della politica di immigrazione e asilo dell’Unione europea: dalla collaborazione bilaterale ai meccanismi unilaterali di pressione	523
PISTOIA E., Un primo bilancio delle sfide affrontate dal Patto	551
 <i>Segnalazioni</i>	
PARISI N., RINOLDI D. G., Contrasto alla corruzione: il 7 maggio l’abuso d’ufficio abrogato va in Corte costituzionale, 3 maggio 2025	559

Articoli

APPUNTI SULLA POLITICA INDUSTRIALE E SUL MERCATO UNICO. LE RIFORME NECESSARIE PER LA COMPETITIVITÀ (E L'ESISTENZA) DELL'UNIONE IN UNA COMUNITÀ INTERNAZIONALE IN CRISI

Maurizio Maresca*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Uno spazio industriale europeo. – 2.1. L'indebolimento della “costituzione” della comunità internazionale. – 2.2. La politica industriale comune europea non è un elemento dell'integrazione europea (ma non è esclusa dai Trattati). – 2.3. Gli Stati e la necessità di presidiare la loro sovranità. – 2.4. Una vera politica industriale europea. – 2.4.1. *Segue*: incidendo davvero nel profondo di un continente che si è abituato a sussidi pubblici, debito pubblico, *Eurobonds*, NGEU, ecc. – 2.5. Solidarietà. – 3. L'“effetto Bruxelles”, la *over-regulation* ed il confronto fra i valori. – 3.1 La risposta dell'Unione europea ad una esigenza di politica industriale e il suo effetto negativo sul mercato unico. – 3.2. Le direttive CSDR e CSDDD: cenno. – 3.3. Una seconda area in cui l'Unione europea ha regolato il mercato in modo, secondo alcuni, esorbitante è quella dei servizi digitali. – 3.4. Il regolamento *Reach*. – 3.5. Il regolamento sull'intelligenza artificiale. – 3.6. L'atteggiamento della Commissione europea verso la disciplina sugli aiuti di Stato. – 4. Conclusioni.

1. Premessa

Nel corso del 2023 due importanti Rapporti al Consiglio e alla Commissione, rispettivamente di Enrico Letta¹ e Mario Draghi², hanno inteso offrire una serie di indicazioni molto utili per rilanciare l'Unione Europea a trattati invariati. Questi contributi non chiariscono, tuttavia, le implicazioni giuridiche, che pure sono essenziali, per conseguire i due obiettivi che gli autori si prefiggono, e cioè (a.) una politica industriale comune degli Stati membri e (b.) l'attuazione dei principi di libertà economica in un mercato obiettivamente connotato da regole e misure limitative. La sfida per i giuristi è quella di dare una veste ad – e di strutturare – una proposta complessiva che

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Udine.

¹ E. LETTA, *Much more than a Market. Speed, Security, Solidarity. Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens?*, April 2024, su cui v. P. DE PASQUALE, D. GALLO, *Intervista a Enrico Letta: “Speed, security and solidarity. Così l'Unione europea potrà affrontare le sfide future”*, in *Unione europea e Diritti*, n. 1, 2025, p. 161 ss.

² M. DRAGHI, *The Draghi report: A competitiveness strategy for Europe (Part A and Part B)*, 9 September 2024.

parta dalla società internazionale che cambia e dalle criticità economiche e industriali europee. Questo è il tema intorno al quale anche il giurista, e non solo lo storico, l'economista o il politico, deve ragionare con onestà quando costruisce l'integrazione europea. Un esercizio che con il presente lavoro intendiamo solo iniziare senza alcuna pretesa di esaustività partendo dalla osservazione della realtà.

L'Unione europea, incompleta perché non riguarda alcune fondamentali politiche comuni essenziali in quest'epoca, come la politica industriale e la politica estera, che gli Stati hanno ritenuto nazionali, concentrandosi sulle regole del mercato unico, della concorrenza e sulla politica commerciale, difficilmente riesce a giustapporsi sul piano globale alle grandi potenze in un momento storico in cui viene meno la regola di diritto discendente dagli accordi dei tardi anni '40 presi a Bretton Woods e a Chicago. In sostanza, la crescita dell'Unione verso un ordinamento di nuovo genere impostato sui diritti umani, sulla regola di diritto e sulle libertà economiche (oltre che sulla democrazia) è andata divergendo dalla comunità internazionale (la cui crisi è di tutta evidenza), che denota una evoluzione (o involuzione) di segno "imperialista" e nazionalista e che mette in discussione il tradizionale modello del "capitalismo sociale di mercato".

L'auspicio di una rinnovata centralità europea, che imporrebbe la costruzione di una politica industriale ed estera comune, e quindi il superamento di qualsivoglia conflitto economico fra i Paesi membri e il reale conseguimento del mercato unico, pare tuttavia molto a rischio, da un lato per la sempre maggiore inconsistenza delle relazioni fra i Paesi membri, e specialmente fra i Paesi che hanno svolto una leadership all'interno dell'Unione, e dall'altro per il ritardo dell'industria europea sotto il profilo tecnologico, patrimoniale e di mercato, che induce le poche grandi imprese europee a promuovere alleanze strategiche con partner americani e cinesi piuttosto che con partner europei. Ragioni che evidentemente sono all'origine delle norme nazionali sulla difesa dell'industria domestica se si considera il crescente significato – spesso contraddittorio se si guarda all'ordinamento italiano – degli strumenti e delle discipline giuridiche nazionali nel contesto della crisi di oggi.

In estrema sintesi pare che il futuro possibile dell'Unione europea, perché questa esperienza di integrazione si rigeneri, sia costituito da due macro obiettivi "costituzionali": (A) una politica industriale comune (che evidentemente non si esaurisce con il diritto della concorrenza), che presuppone la condivisione di un "interesse europeo" che si sostituisca all'"interesse nazionale" dei singoli Stati nonché la individuazione di un

ente comune di governo dell'economia europea ; (B) la realizzazione effettiva del mercato unico con la soppressione delle norme e misure che limitano l'esercizio delle libertà economiche che non siano necessarie per la protezione dei valori fondamentali comuni o per il perseguimento dell'interesse comune di cui sopra.

2. *Uno spazio industriale europeo*

2.1. *L'indebolimento della "costituzione" della comunità internazionale*

Una politica industriale comune è il presupposto di uno spazio unico europeo competitivo (*rectius* assicurare la competitività delle imprese europee). In una società internazionale, infatti, dove la comunità giuridica viene meno, gli Stati difficilmente riescono ad essere attori efficaci se non uniscono le loro competenze e sviluppano politiche comuni. E questo è il punto di partenza, muovendo da una comunità europea evidentemente divenuta inadeguata, nella comunità internazionale che si profila dall'inizio di questo millennio: un punto spesso ignorato anche solo per la impossibilità od assoluta difficoltà di proporre soluzioni convincenti e semplicemente possibili.

La comunità internazionale, si anticipava, sta attraversando una fase di grave congiuntura e di pregiudizio alla regola di diritto in concreto applicabile. Certamente la crisi è assai più vasta rispetto ai soli profili del diritto dell'internazionale dell'economia, mettendo in discussione fondamentali istituti – ed istituzioni – che sembravano caratterizzare l'ordine internazionale del secondo Novecento. Non è obbiettivo del presente studio indagare sulle ragioni e sugli stessi contenuti che denotano la fragilità della comunità di diritto in questo periodo: certo l'atteggiamento di molti Stati importanti nei confronti del diritto internazionale, e specialmente dei trattati multilaterali che più rilevano ai fini della costruzione delle regole, gioca un ruolo decisivo. È vero che la crisi era annunciata da vari anni: ma questo scorcio di millennio segnala come in materia di mantenimento della pace, di diritti umani, di governo del mercato, ecc. – i momenti costituzionali dell'ordinamento internazionale, siano revocate sistematicamente in dubbio le regole esistenti e addirittura le

istituzioni chiamate a applicarle³⁻⁴. Il punto è che gran parte del mondo che fino ad oggi non aveva voce, o aveva una voce limitata, e che non si riconosceva nei tradizionali valori occidentali, mette in discussione l'ordinamento dell'"occidente" come lo abbiamo conosciuto, che è cresciuto e cambiato molto producendo politiche ispirate al concetto di dignità, libertà e tutela dei diritti fondamentali. Un mondo nuovo, ed ancora non chiaro (Cina, Russia, Brasile, Paesi Arabi, Turchia, India, Africa, ecc.), che si salda con il mondo americano più recente, da un lato rifiuta il diritto internazionale di segno neoliberista e dall'altro si pone obbiettivi di ordine diverso (o alternativi?)⁵. E questo mondo "antagonista", segnato da forme di democrazia "di-

³ Si pensi solo alla congiuntura nel diritto internazionale: fra i molti scritti rinviando a P. LLOYD, *Multilateralism in Crisis*, in *ARTNeT Working Paper Series*, n. 114, 2012, artnet.unescap.org/publications/working-papers/multilateralismcrisis; M. EILSTRUP-SANGIOVANNI, *The Global Crisis of Multilateralism*, in *E-International Relations*, 3 December 2016, www.e-ir.info/?p=66752; M. SMITH, *The EU, the US and the crisis of contemporary multilateralism*, in *Journal of European Integration*, 2018, p. 539 ss.; J. BRUNNÉE, *Multilateralism in Crisis*, in *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 2018, vol. 112, p. 335 ss.; J. XHI, *The Quest for the Future of the WTO: From the Perspective of World Order*, in *Yale Journal of International Law*, 1st June 2024.

⁴ Ed addirittura persino il principio che più caratterizza l'integrazione europea, quello del primato, è agevole constatare che fatica davanti alle spinte nazionaliste o "sovrane" che si producono all'interno degli Stati membri. Per tutti v. R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti fra ordinamenti ovvero la scomparsa dell'art. 11 della Costituzione*, in questa *Rivista*, n. 1, 2025, p. 1.

⁵ Guardando alla società internazionale pare evidente come un gruppo di Stati di provenienza e tradizioni diverse sia caratterizzato da una serie di comportamenti che respingono i tradizionali valori dell'occidente del mondo. Non vi è dubbio che Stati Uniti, Cina e Russia, oltre ai Paesi Arabi, all'India e alla Turchia, non paiono così attenti, nella costruzione delle regole internazionali, al valore del diritto, ai diritti umani ed agli stessi processi democratici, come invece si verifica in molti Paesi europei. Così come è difficile negare che il tema della libertà economiche (che ha fondato l'ordinamento europeo) sia molto poco considerato da questi Paesi, che invece attuano politiche imperialiste, o comunque dirigiste, sia per quanto riguarda il territorio ed il suo controllo sia per quanto riguarda i mari ed il loro sviluppo. Le ragioni peraltro sono molteplici. Certo è che, senza andare in profondità, questi Paesi motivano le loro scelte – e le deviazioni dal modello occidentale – con la necessità di perseguire e conseguire obbiettivi economici e di sviluppo urgenti che un ordinamento tradizionale (leggi, regole e burocrazia) non consente di traggare. Come dire: rinunciare al valore della legge, ai diritti umani e a forme di democrazia parlamentare efficaci, e persino alle libertà economiche, costa meno. Mentre si espandono i ruoli della sovranità statale e dell'interesse nazionale: che fondano misure nazionali per promuovere la competitività e per fronteggiare la concorrenza straniera. La conseguenza di quanto sopra, all'evidenza, è l'isolamento di Paesi europei, un tempo centrali negli scenari mondiali, le cui imprese nazionali oltretutto da sole non sono competitive e per sopravvivere necessitano di alleanze internazionali, e con una popolazione sostanzialmente incapace di rinunciare ad un tenore di vita "occidentale".

verse”, sembra oggi vada colmando il gap di sviluppo rispetto all’occidente euro-americano del secolo scorso. La situazione di incertezza nella comunità internazionale mette a rischio, non solo l’ONU e le sue varie istituzioni – fra le quali l’OMS, la CPI, ecc. – ma anche gli strumenti un tempo centrali per il mantenimento della pace.

La crisi del diritto internazionale contiene la crisi del diritto internazionale dell’economia, e cioè di quelle regole costruite fra i tardi anni ‘40 e la fine degli anni ‘50 fra Avana, San Francisco, Bretton Woods, Chicago, ecc., che hanno presidiato il commercio internazionale. Per l’intera seconda metà del secolo scorso le norme sul Gatt, nelle loro varie versioni, che hanno costituito un perimetro all’interno del quale le imprese e gli Stati hanno dovuto atteggiarsi, ispirano una vera e propria costituzione del commercio internazionale⁶, rivolta alle imprese come agli Stati, che, secondo i giudici di vari Stati, addirittura era di diretta applicazione⁷. L’ordinamento di cui trattasi, integrato anche da un coacervo di norme sulla giurisdizione, era ancorato, da una parte agli standards di non trattamento di origine GATT e, dall’altra

S. WALT, *The origin of alliances*, Conell, 2013; M. BARNETT, *Revolutionary approach to International Law*, Cham, 2023; A. ACHARYA, *The Once and Future World Order: Why Global Civilization Will Survive the Decline of the West*, Basic, 2025; B. TRÉGLODÉ, M. QUESSARD, S. SAMARAN, *Introduction – Vers un nouvel ordre international ?*, in *Revue de Défense Nationale*, n. 862, 2023, pp. 9-14.

⁶ P. PICONE, G. SACERDOTI, *Diritto internazionale dell’economia*, Milano, 1982; A. COMBA, *Il neoliberalismo internazionale*, Milano, 1995; A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008; C. ZANGHÌ, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Torino, 2013, *passim*; A. SANTA MARIA, *L’odierno diritto internazionale dell’economia*, Torino, 2021; v. il volume collettaneo A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze di diritto internazionale dell’economia*, Napoli, 2011; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell’economia*, Torino, 2021; G. ZICCARDI CAPALDO, *The Law of the global economy: an integrated System to enforce “Public” International Law*, in *Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2001, p. 71 ss.; V. DI COMITE, *Il ritorno al protezionismo: i dazi statunitensi, la risposta della UE e la crisi del WTO*, in *OIDU*, 2020, p. 54. È interessante la constatazione secondo la quale la politica americana verso il sistema della giurisdizione WTO, introdotto dall’amministrazione Trump è stata ripresa con i medesimi contenuti anche dall’amministrazione Biden.

⁷ È nota la *querelle* degli anni ‘80 fra la Suprema Corte italiana che riteneva produttivi di effetti diretti gli artt. II e III, GATT (Cass. 21 maggio 1973, n. 1455, in *FI*, I, 1973, c. 2443, con nota di A. TIZZANO, *Pretesa diversità di effetti del G.A.T.T. e dei trattati comunitari nell’ordinamento italiano*; Cass. SU 8 giugno 1972 n. 1773, in *FI*, 1973, 1963 e la Corte di giustizia che invece negava tali caratteristiche, ponendo così al centro l’ordinamento comunitario (16 marzo 1983, 267/81, 268/81 e 269/81, su cui v. M. MARESCA, *Sulla diretta applicabilità del GATT secondo la Corte di giustizia CEE*, in *Diritto e pratica tributaria*, II, 1983, pp. 891-921 e G. VENTURINI, *Sulla diretta applicabilità delle norme del GATT*, in *RDI*, 1983, pp. 784-825).

parte, ad alcuni divieti (dumping, sussidi e ruolo dell'impresa pubblica) che via via anche l'ordinamento europeo e gli stessi ordinamenti nazionali hanno mutuato. Il sistema, da alcuni anni, ha cessato di funzionare⁸. Iniziando dal ruolo dell'attività di composizione delle controversie: tantoché gruppi di Paesi hanno costituito autonomi tribunali e tutti i Paesi hanno sostituito alle norme internazionali non funzionanti scelte interne poste in essere nel contesto di un rafforzamento della sovranità statale in funzione del perseguimento degli interessi nazionali⁹.

2.2. *La politica industriale comune europea non è un elemento dell'integrazione europea (ma non è esclusa dai Trattati)*

Il venir meno del diritto internazionale e la fisionomia dell'ordine internazionale che pare emergere da una alleanza fra alcuni Paesi (assai poco omogenei ai Paesi europei), scopre debolissima l'organizzazione europea: che nel secolo scorso è nata, invece, proprio come prosecuzione – e partendo dal presupposto – di una comunità internazionale molto strutturata

⁸ G. SACERDOTI, *Lo stallo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio davanti alla sfida di Trump: difficoltà passeggiare o crisi del multilateralismo?*, in DPCE, n. 1, 2018, p. XI; A. NARLIKAR, *Trade Multilateralism In Crisis: Limitations Of Current Debates On Reforming The WTO, And Why A Game-Changer Is Necessary*, in T. SOOBRAMANIAN, B. VICKERS, H. ENOS-EDU (eds.), *WTO Reform: Reshaping Global Trade Governance for 21st Century Challenges*, Commonwealth Secretariat, London, 2019, p. 21 ss.; T. SEBASTIAN, A. SINCLAIR, *Remedies in WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration: Contrasts and Lessons*, in J. HUERTA-GOLDMAN, A. ROMANETTI, F. STIRNIMANN (eds.), *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration*, The Hague, 2013, p. 273 ss.; J. SHI, *The Quest for the Future of the WTO: From the Perspective of World Order*, in *Yale Journal of International Law*, 2024, p. 1; J. P. TRACHTMAN, *WTO Trade and Environment Jurisprudence: Avoiding Environmental Catastrophe*, in *Harvard International Law Journal*, 2017, p. 273.

⁹ C. FRUTOS-PETERSON, *El Arbitraje de CIADI y su impacto en el arbitraje internacional Latinoamericano en Materia de Inversión*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2004, p. 155 ss.; S. NOURY, C. RICHARD, *International Arbitration in Latin America: Overview and Recent Developments*, in *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration*, 2009, pp. 282-287; E. A. MORENO-PAREDES, *El Arbitraje de Inversional en America del Sur: Propuesta de Creacion de un Centro Alternativo de Arbitraje de la Estructura Internacional de la Union de Naciones Suramericanas*, in *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, 2010, p. 18 ss; V. anche A. DEL VECCHIO, *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, 2015, p. 121; A. DEL VECCHIO, *La Crisi del multilateralismo e le sue conseguenze sulla soluzione delle controversie economiche internazionali*, in *OIDU*, 2020, pp. 111-120. Vedi anche il documento ISPI del 2024 “Nuovo ordine globale: quale multipolarismo?”, www.ispionline.it/it/pubblicazione/nuovo-ordine-globale-quale-multipolarismo-186757.

e ispirata dall'Occidente. L'Unione di oggi, come la Comunità di ieri, pur individuando strumenti nuovi di coordinamento fra le politiche degli Stati, ed addirittura elaborando, a trattati invariati, alcune scelte di segno allocativo sulle quali ritorneremo, non ha mai ritenuto la competenza esclusiva in materia di industria e non prevede, quindi, affatto una politica industriale comune: essendo, anzi, strutturalmente e funzionalmente impostata proprio sulla competizione fra gli Stati membri.

Forse una breve premessa è utile quando si affronta il tema della politica industriale dell'Unione. La politica industriale è l'insieme delle strategie, misure ed interventi pubblici adottati dallo Stato per promuovere lo sviluppo industriale e la competitività delle imprese. In questo contesto l'obiettivo della competitività, dell'evoluzione tecnologica e della difesa dell'industria nazionale divengono centrali. Malgrado un approccio multilivello non possa essere escluso (quando non interferisca con le scelte generali), la politica industriale non può che essere diretta da un unico centro che disponga di tutti gli strumenti di intervento sul territorio (la leva fiscale, la ricerca scientifica, il governo del territorio ecc.) allo scopo di traguardare un "interesse nazionale". Insomma, la politica industriale non può realizzarsi con politiche isolate, magari ripartite fra diversi centri di potere, tantopiù fra Paesi in competizione, ma impone un governo centrale responsabile per tutte le fasi ed un "interesse comune" che affronti obiettivi condivisi¹⁰⁻¹¹.

¹⁰D. GROS, *An Industrial Strategy for Europe*, www.projectsyndicate.org/commentary/an-industrial-strategy-for-european-tech-sector-by-daniel-gros-2023-11?h=limEyK25VdW-JuVcbs5BPl6wBgOkQQq1D4I76Yt4Dh%2F8%3D; Bruegel, www.bruegel.org/analysis/european-industrial-policy-crossroads-evidence-expert-survey; E-Industrial policy in Europe: past and future, www.bruegel.org/sites/default/files/private/2023-08/Bruegel%20Blueprint%2033_chapter%201.pdf.

¹¹ Anticipando alcune considerazioni che seguiranno, allo stato delle cose l'ordinamento dell'Unione non esclude che le istituzioni dell'Unione contribuiscano alla politica industriale dei Paesi membri: anzi, questo obiettivo si è fatto nel recente passato sempre più ambizioso. Semmai, come vedremo in seguito attraverso le basi giuridiche del mercato unico e della concorrenza, e quindi attraverso DG GROW e DG COMPETITION, l'Unione ha contribuito ad aumentare i condizionamenti imponendo precisi limiti e regole volti ad influenzare l'azione degli Stati (come vedremo nella seconda parte di questo lavoro). Così incidendo sempre di più nella politica industriale e, di conseguenza, rinunciando a ...sempre nuovi pezzi di mercato unico, E questa, forse, la ingiustificabile debolezza del momento: una Unione che prova a fare la politica industriale che può (*Green Deal*, competitività, energia, riarmo) così, tuttavia, rinunciando al mercato unico (già attaccato dall'interno degli Stati) e trasformando il controllo della concorrenza. Sul punto v. E. BRUTI LIBERATI, *La nuova strategia industriale europea e la sua sostenibilità politica e sociale*, in RRM, 2024, p. 374 ss.; L. AMMANNATI, *Per una politica industriale comune. Scelte di governance dell'Unione europea*, *ibidem*, 2024, p. 413 ss.

Il progetto che ha governato la nascita ed il crescere della comunità europea muoveva, infatti, dall'idea guida secondo la quale un mercato il più ampio – e ben governato da regole – avrebbe consentito la competizione fra le imprese e quindi, implicitamente, fra i vari Stati nazionali. Non essendovi alcuna necessità – si riteneva – di “sporcarlo” con politiche allocative in funzione dell'interesse nazionale proprio perché la competitività delle imprese e degli Stati coincideva con le regole di governo del mercato e con il diritto comunitario della concorrenza (non dimentichiamo che l'Italia, con il Protocollo Andreatta-Van Miert, fu “costretta” ad alienare e privatizzare un patrimonio industriale indiscutibile nel campo dell'industria, dei trasporti, del credito, dell'energia ecc.). Di qui la considerazione, per la “costituzione economica europea”, del pubblico come in principio estraneo al mercato e separato dai suoi attori. Più precisamente, l'obiettivo della comunità europea era quello di definire e regolare un mercato lasciando liberi gli Stati di competere attraverso i normali strumenti della politica industriale. Con la conseguenza che per molti anni, ed ancora oggi, gli Stati più “capaci” e meglio governati, o dove il consenso politico era più radicato, hanno incrementato il loro peso mentre quelli incapaci di investimenti produttivi e di crescita tecnologica hanno segnato il passo (l'egemonia della Francia nel mercato italiano fino ai primi anni 2000 ne è esempio). In sostanza, la logica che nella materia ha guidato i fondatori negli anni '50, ed in qualche misura anche l'evoluzione degli anni 80 sul mercato unico, era in gran parte giustificata dalla esistenza di una comunità internazionale che addirittura guardava ad obiettivi ulteriori (grazie al WTO) ed al crescere di una serie di diritti riconosciuti in ambito internazionale. L'ordinamento comunitario degli anni '50 era davvero sufficiente in quanto coerente con una normativa internazionale produttiva di effetti espressione di una comunità impostata su regole comuni. Una comunità che rendeva eccezionale, e comunque mal tollerato, il ricorso alla sovranità nazionale per correggere le dinamiche del mercato.

Inoltre, l'ordinamento comunitario era a suo tempo del tutto coerente con il clima globale – che si sviluppava in ambito internazionale – per il quale il conflitto fra gli ordinamenti nazionali che collidevano era definibile, non solo attraverso il diritto internazionale, ma anche in virtù del diritto interno e cioè di regole di diritto internazionale privato che sempre più si giustificavano proprio in funzione del diritto internazionale. Non dimentichiamo che per molti anni, anche grazie alla dottrina italiana¹², il diritto interno ha contribuito al crescere di una comunità di diritto che assicurasse

¹² R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972.

la coesistenza fra gli ordinamenti anche nel caso dei c.d. *crashes of jurisdictions* persino quando si trattava di “riconoscere” – o “prendere in considerazione” – il diritto pubblico straniero. Insomma, al contrario di quanto si verifica nel presente, gli Stati non necessitavano di strumenti internazionali o domestici per affermare la loro sovranità, ma, semmai, cooperavano per risolvere i conflitti interstatali addirittura riconoscendo – a talune condizioni – l’ordinamento straniero. In quel contesto, fatto di norme internazionali e norme interne che si coordinavano, era del tutto logico limitarsi a estendere il mercato europeo. Tanto più che, a ben vedere, sia l’ordinamento europeo sia il GATT prevedevano numerose disposizioni volte ad assicurare la sicurezza nazionale.

2.3. *Gli Stati e la necessità di presidiare la loro sovranità*

Anche a tacere della crisi delle istituzioni internazionali e del sistema di aggiudicazione dei diritti, gli Stati da tempo vanno riconsiderando le regole che governano l’economia¹³, da un lato mettendo in discussione l’impianto multilaterale del diritto dell’economia, e, dall’altro, promuovendo la centralità della sovranità statale per difendere e rafforzare le imprese nazionali. L’azione degli Stati non è rivolta ad un nuovo ordine mondiale ma semmai alla difesa dell’attuale struttura attraverso i tipici strumenti di diritto interno che forzano la sovranità nazionale. D’altra parte, oltre agli strumenti della tradizione (*dumping*, sussidi, ecc.), è innegabile che l’economia di oggi si governa attraverso il ricorso a norme interne espressione della sovranità nazionale (di applicazione necessaria, di ordine pubblico, *lois de police*) finanche – ove necessario – costituenti controlimiti che sovrappongono la legislazione nazionale a quella – sempre più debole e frammentaria – offerta dal diritto internazionale ed europeo. Norme inquadrabili, ma è persino inutile approfondire, nel diritto amministrativo, nel diritto privato, nel diritto internazionale privato o nel diritto commercial¹⁴. Ovunque, a fronte delle regole internazionali, il mercato è sistematicamente corretto da norme nazionali concepite per promuovere l’interesse nazionale ancora in una logica del ‘900: norme, tipicamente espressione della sovranità nazionale, viste in

¹³ Ovviamente il richiamo all’esperienza francese è persino inutile se si considera che l’ordinamento transalpino è sempre stato costruito intorno al tema della sovranità: v. J. SAPIR, *Souveraineté. Démocratie. Laïcité*, Paris, 2016.

¹⁴ Ci permettiamo di rinviare a M. MARESCA, *Norme di ordine pubblico e governo dei mercati. Interesse nazionale e autonomia privata nell’epoca di una comunità internazionale debole*, Milano, 2023.

chiave di protezione o di propulsione delle imprese nazionali¹⁵, che talora – è il caso dell’esperienza italiana del golden power – si trasformano in veri e propri strumenti a carattere generale che conferiscono al Governo il potere di sindacare qualsivoglia operazione anche interna (consentendo l’interferenza dello Stato in termini sempre più ampi in operazioni private rilevanti per l’economia in deroga al diritto comunitario dell’economia). In buona sostanza cresce una legislazione interna “di ordine pubblico” che, profittando di diversi canali, rimette al centro comunque la sovranità degli Stati anche

¹⁵ Ci riferiamo evidentemente al *golden power*: A. DENTAMARO, *Dai servizi di pubblica utilità alle attività strategiche: “poteri speciali” ex artt. 1 e 2 d.l. n. 21/2012 nella circolazione delle partecipazioni azionarie*, in RDS, 2014, pp. 344-361; Assonime, circolare n. 21 del 20 giugno 2014, p.17-21; C. SAN MAURO, *I golden powers tra legislazione e applicazione concreta*, disponibile all’indirizzo www.sipotra.it/wp-content/uploads/2017/11/I-golden-powers-tra-legislazione-e-applicazione-concreta.pdf; F. GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici*, Torino, 2015, p. 19 e *passim*. In ordine cronologico, la Corte di giustizia ha sanzionato i meccanismi di *golden share* portoghesi (C-367/98), italiani (C-58/99), francesi (C-483/99), spagnoli (C-463/00), inglesi (C-98/01), olandesi (C-282 e 283/04), tedeschi (C-112/05) e (nuovamente) italiani (C-326/07). Per un’articolata disamina della giurisprudenza comunitaria in materia di poteri speciali, vedi J. R. LANGLOIS, *Evaluating Special Rights of Public Shareholders in the EU Legal Order*, in LSEU, vol. 3, 2016, p. 7 ss., disponibile anche all’indirizzo www.law.lu.se/webuk.nsff; M. LAMANDINI, *Golden share e libera circolazione dei capitali in Europa e in Italia*, in GC, I, 2016, p. 687; F. GASPARI, *Poteri speciali e regolazione economica tra interesse nazionale e crisi dell’UE*, in *federalismi.it*, 2020; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998; D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 408 ss.; G. D’AGNONE, *Il regolamento 2019/452 che istituisce un quadro per lo screening degli investimenti esteri diretti: uno strumento in evoluzione*, in questa Rivista, 2025, p. 1.

solo per accompagnare l'economia del periodo¹⁶⁻¹⁷⁻¹⁸.

¹⁶ Ci pare opportuno ricordare alcuni dei giuristi che nella tradizione hanno sviluppato il tema della extraterritorialità: J. M. JACQUET, *Le norme juridique extraterritoriale dans le commerce internationale*, in *Rev. Crit.*, 1981, p. 350; B. HUET, *Une application limitée de la loi étrangère*, *Clunet*, 1982, p. 625; F. MANN, *The Doctrine of International Jurisdiction*, in *Rec. des cours*, 1964, I, p. 19; J. M. JACQUET, *The doctrine of International Jurisdiction revised after twenty years*, in *Rec. des cours*, 1984, III, p. 3. Il superamento del criterio della territorialità come limite all'esercizio della National Jurisdiction è condiviso anche da autori ormai costituenti la storia del diritto internazionale privato come G. DAM, *Völkerrecht*, II, Stuttgart, 1964; P. NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Leherer des Internationales Privatrecht*, Zurich, 1961; E. ZITELMAN, *Internationales Privatrecht*, I, Lipsia, 1897; M. GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, Milano, p. 61. V. anche le sentenze della Corte internazionale sullo stretto di Corfu (CIJ, 1949, p. 35) e sul caso *Lotus* (PCIJ, A, 10, p. 3) ed il caso *Nottebohn* (CIJ, 1955, p. 4) su cui P. De VISSCHER, *L'affaire Nottebohn*, in *Rev. gen. dr. int. pub.*, 1956, p. 238; P. BASTID, *L'affaire Nottebohn devant la cour de Justice*, in *Rev. Critique*, 1965, p. 607. V. anche la nozione di genuine link derivante dal diritto internazionale in S. M. CARBONE, *La disciplina giuridica del traffico marittimo*, Bologna, 1982, p. 78; L. BRILLMAYER, *The extraterritorial application of American Law: a Methodological and Constitutional Appraisal*, in *Law and Contemporary Problems*, 1987, III, p. 1. Ci permettiamo di rinviare anche al nostro lavoro su Conformità dei valori e rilevanza del diritto pubblico straniero, Milano 1990, p. 18 ss. V. specialmente le varie analisi di P. MAYER, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence*, in *Rev. crit.*, 1979, spéc. n° 18, p. 21; P. MAYER *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973, p. 206. P. MAYER, *Les lois de police étrangères*, in *JDI*, 1981, p. 277; P. MAYER, *Le rôle du droit public en droit international privé*, in *RIDC*, 1986, p. 467.

¹⁷ PH. FRANCESCOAKIS, *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois*, in *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1966, p. 1 ss.; H. BATIFFOL, *Traité de droit international privé*, in *Rev. crit. dr. internat. Privé*, 1967, p. 435; B. GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, in *APD*, 1964, vol. IX, p. 177; B. GOLDMAN, *Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international*, in *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1971, p. 119; T. TREVES, *Norme imperativa e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in T. TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 25 ss.; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Paris, 2013. La lettura più convincente del fenomeno del riconoscimento del diritto straniero è dovuta a A. DAVÌ, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *RDI*, 2019, p. 319.

¹⁸ A. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 585 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 120, ove si rileva che proprio la mancanza di una nozione legale della norma imperativa fa sì che diventi compito dell'interprete ricavarne la relativa nozione dall'intero sistema giuridico; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Il Trattato di diritto privato*, Milano, p. 748 ss. Secondo G. B. FERRI, *Ordine pubblico (diritto civile)*, in *EDD*, XXX, Milano, 1980, pp. 1038-1057, svolgendo la loro funzione di «criteri di valutazione delle liceità (e quindi di validità dell'agire negoziale)», sono sì chiamati

È di tutta evidenza, peraltro, che gli sforzi degli Stati, persino di quelli tradizionalmente trainanti l'economia europea, sono insufficienti per fronteggiare le sfide internazionali, e specialmente per difendere i loro valori, se non si riuscirà a compiere alcune scelte e alleanze internazionali.

2.4. *Una vera politica industriale europea*

Accennato, seppure in modo molto sintetico, al contesto internazionale, vi è da domandarsi se e quali azioni possano essere coltivate nel quadro del processo europeo. E questo sempre che il tempo non sia già inutilmente trascorso. È evidente, infatti, che una politica economica europea ha un senso solo se il divario rispetto a Stati Uniti e Cina non sia incolmabile dal punto di vista industriale e tecnologico.

Una spinta ad una fase di consapevolezza e riflessione costruttiva e vivace si sviluppa, a ben vedere, fra il 2017 ed il 2019 e trova un suo apice con il Trattato di Aachen fra Francia e Germania. Insomma, si prefigura, ben prima della crisi del Covid e dei vari focolai di guerra che sarebbero nati nel 2022, il completamento dell'ordinamento dell'Unione perché la stessa diventi competitiva: ritenendosi necessario da Francia e Germania aggiungere al mercato unico (allora esteso anche alla Russia), alla unione doganale e alla disciplina della concorrenza il pilastro più importante (quello della politica industriale) che gli Stati negli anni '50 non avevano costruito (perché, come abbiamo visto, non ve ne era necessità). Una evoluzione, giova ripeterlo, che non ha nulla di così scontato, tanto che la si immaginava persino parziale ricorrendosi alla figura dei c.d. "cerchi concentrici" ed alla procedura di cooperazione rafforzata, proprio perché avrebbe dovuto realizzarsi con il superamento della concorrenza fra gli Stati membri purtroppo ancora molto accesa ed evidente¹⁹.

ad "operare insieme", ma rimangono concetti ben distinti tra loro: non si verificherebbe quindi quell'identificazione della norma imperativa nella regola di ordine pubblico (o buon costume), dovendo quindi l'interprete concretizzare i tre concetti autonomamente l'uno dall'altro. cfr. anche L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, spec. p. 49 ss. Sull'ordine pubblico europeo, v. O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'unione europea*, Milano, 2012. Si veda il lavoro di S. M. CARBONE, *Autonomia privata e commercio internazionale. Principi e casistica*, Milano, 2014 che riassume principi ed obiettivi materiali che condizionano il commercio internazionale siano essi mutuati dalle regole di conflitto oppure desumibili dalla *lex contractus*.

¹⁹ Sailing in the High Seas, il documento elaborato dal Centro Delors www.delorscentre.eu/en/publications/detail/publication/sailing-on-high-seas-reforming-and-enlarging-the-eu-for-the-21st-century

Fino a che i Paesi membri dell'Unione, tantopiù in presenza di un contesto di regole molto deboli in ambito internazionale, saranno portati a collidere sul piano economico fra loro, senza mettere a fattore comune le loro competenze in virtù di un comune "interesse europeo", sarà molto difficile sviluppare con serietà temi come la crescita, l'autonomia energetica o digitale, la competitività, la sicurezza. Figuriamoci la tutela del clima, la lotta alle diversità e il riequilibrio dei Paesi più esposti. Così pare improbabile una difesa comune impostata su tecnologie ed investimenti (ammesso che di questa politica vi sia necessità). Insomma, una evoluzione verso una politica comune nell'industria, nelle tecnologie, nella mobilità e nell'energia dovrebbe, anzitutto, partire da un "interesse comune" dei Paesi interessati per quanto attiene ai comparti merceologici ed ai territori dove investire ed ovviamente alle regole che governano questi processi²⁰. Un lavoro evidentemente difficile se si considera la distanza, sotto questo profilo, fra Francia, Germania, Gran Bretagna, Italia, Spagna ecc. ma necessario: e che dovrebbe concludersi con la selezione di un documento di "interesse comune" e di organi comuni.

Un percorso comune verso una politica industriale europea si scontra con due gravi criticità all'interno dei Paesi europei.

Il rapporto fra l'industria e gli Stati

Anzitutto, guardando al presente, le imprese europee in grado di giocare un ruolo strategico globale, non solo non rispondono a strategie coerenti con scelte di politica industriale europea, ma, anzi, rivendicano con vigore la loro assoluta autonomia finanche non esitando ad allearsi con Paesi ed imprese o fondi non europei. E sarebbe probabilmente evanescente il profilo di un'Unione europea competitiva quando le grandi imprese europee fossero controllate da imprese o fondi americani (o cinesi, arabi o indiani) o quando con queste imprese o fondi si andassero costruendo alleanze strategiche certamente non riconducibili ad un interesse europeo.

Lo scontro fra una Unione che, a legislazione invariata, si integra estendendo il suo spazio di azione anche a materie che sono di competenza degli Stati, in conflitto con l'economia reale, che tende a respingere una evoluzione nei termini ora indicati per dare luogo a fenomeni di integrazione inter-imprenditoriale su base internazionale giustificati da considerazioni di mercato, finanziarie o, molto più spesso, tecnologiche, merita di essere

²⁰ Quando si pensa all'interesse europeo non può non ricordarsi l'opera e la testimonianza di J. MONNET, *L'Europe et la nécessité*, in *Archives de la Fondation Jean Monnet pour l'Europe*, 1974.

considerato quando si elaborano proposte di riforma. . Ed induce, quindi, il giurista a domandarsi quale sia lo spazio e la direzione di una nuova integrazione europea, con uno o più “cerchi”, quando l’economia, invece, non dovesse convergere²¹.

L'Europa del debito

In secondo luogo, alcuni protagonisti della politica più recente hanno proposto un percorso di “metà strada”. Forse, esagerando le esperienze maturate con la crisi del Covid, si è provato a riproporre il medesimo sentiero. E cioè indebitare l’Unione o gli Stati attraverso strumenti diversi per rispondere alla necessità di investimenti e di autonomia in presenza del disimpegno degli Stati Uniti dalla scena europea e più in generale dell’esigenza di competitività internazionale: aumentare il debito comune o quello degli Stati, tantopiù in un momento in cui è praticamente venuto meno il coacervo di regole sui conti pubblici nato intorno al Patto di Stabilità e Crescita. Una operazione che, tuttavia, parrebbe esaurirsi solo nella prospettiva di questa Europa poco competitiva ed incapace di riforme: e che mantiene come centrale il principio della concorrenza fra gli Stati Membri. Una idea che non offre alcuna garanzia di competitività ma solo la certezza di interventi, spesso (dipendentemente dal Paese) neppure investimenti, del tutto non coordinati (un po’ come è avvenuto nel caso del *Next Generation EU*). In breve, si propone più debito, e quindi più risorse da ripartire fra gli Stati, non in base ad un disegno industriale condiviso che risponda ad un interesse comune: e senza nessuna garanzia che questo debito e questi investimenti

²¹ Si veda la chiarissima dichiarazione di B. Arnault, CEO di LVMH, che riafferma la assoluta autonomia della sua impresa dal Governo francese e dalle sue scelte. “Arnault rejects Macron’s call to freeze investment in US. LVMH boss says the government should not ‘meddle’ in his business decisions”, www.politico.eu/article/bernard-arnault-emmanuel-macron-france-lvmh-us-donald-trump-investment/. Così come non può non considerarsi, per quanto riguarda l’Italia, la crescente collaborazione fra le poche imprese italiane che hanno una dimensione internazionale e le multinazionali e i fondi americani. MSC, pur con sede centrale in Svizzera, ma molto radicata in Italia, sta intensificando i suoi rapporti con BlackRock ed attuando gli auspici del Governo americano per quanto attiene alla gestione degli impianti connessi al Canale di Panama. Fincantieri e Stellantis stanno intensificando gli investimenti in vari siti in America. Mentre ENEL e Finmeccanica hanno scelto come partner strategico per il nuovo nucleare in Italia Westinghouse respingendo le offerte francesi. Così, guardando al mercato europeo, non è secondario che gli importanti provider di servizi generali, come Autostrade per l’Italia, Openfiber ed i principali operatori logistici siano partecipati da fondi o imprese americane. Mentre il Governo italiano considera un’alleanza con Starlink in presenza dei gravi ritardi del progetto europeo Iris2.

siano debito ed investimenti “buoni”²². Quella indicata è anche la debolezza degli strumenti proposti dalla Commissione europea nel gennaio del 2025, prima con la Comunicazione sulla competitività poi con la Comunicazione sull’intelligenza artificiale. Come ricordano il Rapporto di Mario Draghi ed Enrico Letta²³, qualsivoglia tentativo di unità solo in funzione di un debito comune per affrontare il ritardo tecnologico e la incapacità alla competitività a causa di barriere interne non tariffarie, non risolve il problema. E non è di alcuna utilità la disponibilità di importanti capitali, e neppure la individuazione delle debolezze, quando i Paesi membri non mettono a fattore comune le loro competenze per dare luogo ad un vero spazio comune europeo.

Perché un simulacro di politica industriale comune tale da superare la competizione fra gli Stati si realizzi occorre, quindi, lavorare su alcune importanti modifiche dell’ordinamento europeo seppure anche nel quadro del diritto vigente e quindi lavorando sulle basi giuridiche disponibili (essenzialmente gli artt. 171, 173 e 207 TFUE). Gli Stati membri, o quelli che intendono dare luogo allo spazio europeo dell’industria ai sensi dell’art. 20 TUE, dovranno così mettere in comune le competenze in materia:

creando un organo centrale, magari coincidente con – o coordinato da – un comitato costituito dagli Stati per assicurare la coesione, al quale attribuire il potere di formare la politica industriale comune e di adottare le misure difensive e propulsive;

realizzando una intesa complessiva, difendibile anche davanti alle corti costituzionali nazionali, che descriva, attraverso un piano condiviso, un “interesse comune”.

Una scelta che sollecita gravi problemi di ordine costituzionale²⁴.

Senza necessità di alterare formalmente il modo di essere dell’Unione, gli artt. 173 e 207 TFUE sono forse sufficienti per disegnare un intervento ricostruttivo per adottare, in presenza di una inequivoca volontà politica, scelte di politica industriale. Insomma, l’obiettivo deve essere quello, se si vuole presidiare la competitività comune, che almeno i Paesi dell’Europa

²² Il concetto di debito buono in più occasioni proposto da Mario Draghi (www.finanza.com/finanza-personale/draghi-ritorna-su-differenza-tra-debito-buono-e-debito-cattivo-e-rimarca-importanza-politica-bilancio-anticiclica): «Il debito buono è quando si danno risorse a una società, in modo che questa riesca a fare riforme tali da diventare autonoma, e iniziare a volare con le proprie ali. Il debito cattivo è fatto di quei sussidi che vengono erogati senza che ci sia un piano industriale».

²³ V. *supra*, n. 1.

²⁴ Ci limitiamo a ricordare proprio sul tema il lavoro di G. PITRUZZELLA, *Il costituzionalismo digitale fra Stati Uniti e Europa*, in *Unione europea e Diritti*, n. 2, 2025, p. 1.

occidentale e la Gran Bretagna convengano uno spazio unico dell'industria che si giovi di un unico centro propulsore, ovunque ubicato, che rappresenti l'Unione anche in ambito internazionale e di un "interesse comune" tutto da determinare all'interno di un documento strategico che prende in considerazione tutti i comparti dell'economia e che costituisce la base del governo europeo dell'industria.

È di tutta evidenza che questo spazio europeo dell'industria dovrà esercitare tutti i poteri oggi riconosciuti agli Stati ad iniziare dalla definizione dei rapporti con le imprese private, dal ruolo della ricerca, dalla individuazione dei diritti esclusivi e dalla promozione di grandi operatori in funzione del perseguimento dell'interesse comune europeo. Una politica industriale, insomma, dove la comunità – e non gli Stati nazionali – gioca un ruolo centrale in chiave allocativa anche per tutelare e promuovere i suoi *Champions*.

2.4.1. Segue: *incidendo davvero nel profondo di un continente che si è abituato a sussidi pubblici, debito pubblico, Eurobonds, NGEU, ecc.*

Poi, forse, nel contesto del documento sull'interesse comune e sulla governance comune alcuni obbiettivi di azione sono inevitabili. Prendendo lo spunto dal lavoro degli economisti si potrebbero individuare alcune linee guida per i diversi comparti che concorrono alla competitività delle imprese. Ovvio che l'obbiettivo è quello di una ulteriore condivisione di competenze fra gli Stati membri interessati a favore dell'Unione, magari corredata da alcuni strumenti di garanzia nazionali per compiere scelte molto difficili ed a tratti impopolari : riordinare l'industria, scegliendo dove investire, selezionando le tecnologie, costruendo una ricerca competitiva che negli anni riesca ad essere paragonabile all'America ed alla Cina (prima di tutto mettendo mano, da Bruxelles, ad una riforma dell'accademia). Di seguito alcune sintetiche suggestioni tutte da declinare relative ad alcune macroaree.

La spesa pubblica

Anzitutto si tratta di responsabilizzare l'Unione: che non deve limitarsi a pianificare ma deve realizzare direttamente, o attraverso delega agli Stati, i progetti infrastrutturali e industriali comuni (si pensi al regolamento 1679/2024 in materia di TENT ancora molto timido)²⁵.

²⁵ Ci riferiamo ai vari regolamenti che hanno espresso gli Orientamenti di cui all'art. 171 TFUE. La fisionomia di quell'intervento conferma solo come, delegando agli Stati la gestione del programma delle infrastrutture rilevanti per le politiche europee, i Paesi più deboli paghino un prezzo in termini di competitività.

Quindi occorre assicurare che la spesa pubblica sia coerente con gli obiettivi dell'interesse europeo comune introducendo un vincolo alla spesa netta primaria strutturale, prevedendo (-) una valutazione costi-benefici certificata da organi indipendenti che valutano l'interesse europeo (ad es., la Corte dei conti) e (-) indicatori di produttività (prodotto interno lordo potenziale, investimenti privati *crowd-in*, ritorno occupazionale). A tal fine una modifica dei regolamenti n. 1466/97 e 1467/97 anche alla luce della proposta dalla Commissione COM(2023) 240 final (in discussione) potrebbe essere utile. Utile l'adozione di un atto delegato della Commissione con indicatori uniformi per distinguere spesa buona e cattiva (art. 290 TFUE) così come la reazione di un organismo indipendente di valutazione e monitoraggio dell'impatto economico degli investimenti pubblici²⁶ con poteri di valutazione tecnico-economica *ex ante* ed *ex post* e con l'obbligo di pubblicazione di un rapporto annuale sul ritorno dei fondi pubblici e con la facoltà di proporre blocchi o riassegnazioni dei fondi (*soft law* vincolante via atti delegati, art. 290 TFUE) può essere una soluzione.

Ovviamente le azioni di difesa, come ad esempio il golden power, vanno esercitate solo a livello centrale.

Mercato interno

Si tratta di realizzare la piena applicazione degli artt. 26 e 114 TFUE sulla libera circolazione di beni, servizi e stabilimento, riducendo le distorsioni normative tra Stati membri. Limitazioni possono essere consentite per ragioni "industriali" evitandosi tuttavia una regolazione invasiva come quella di cui tratteremo nella parte II del presente contributo. Infine, si tratta di studiare uno strumento che, pur prendendo atto della arretratezza tecnologica ed industriale, praticamente in tutti i comparti, promuova il ruolo dell'impresa europea, che oggi, per quanto sopra, giustamente guarda ad alleanze internazionali. E al riguardo il riconoscimento di diritti esclusivi (si pensi alla gestione delle infrastrutture e dei servizi) a favore delle imprese che si impegnano a svolgere una politica concordata con l'Unione europea può essere uno strumento. Rinviamo alla seconda parte di questo lavoro per un cenno agli effetti della regolazione.

²⁶ Art. 173 TFUE: promozione della competitività industriale; art. 197 TFUE: rafforzamento della capacità amministrativa e attuativa degli Stati membri; art. 287 TFUE: ruolo della Corte dei conti europea (può collaborare).

Una area europea della ricerca. Concentrazione delle risorse universitarie e scientifiche – Eccellenza con valore giuridico

Probabilmente, considerato il ritardo e le sue conseguenze sul piano industriale, una norma uniforme che regoli la ricerca in Europa è indispensabile. Forse distinguendo fra accademia che promuove anche ricerca e accademia che si concentra sulla formazione, magari sopprimendo le barriere di accesso e rivedendo lo stato giuridico di docenti e ricercatori, e sopprimendo il valore legale del titolo di studio (che si presta ad evidenti abusi). Si tratta di orientare, inoltre, i fondi europei e nazionali in ricerca e università verso progetti e centri ad alto e comprovato impatto scientifico, tecnologico ed economico, limitando la dispersione e l'inefficienza²⁷⁻²⁸.

Politica industriale europea e revisione del diritto della concorrenza

Come in altra occasione si è sottolineato si tratta di modificare la disciplina sugli aiuti di Stato e sulle concentrazioni per consentire la creazione di campioni industriali europei in settori strategici, mantenendo la concorrenza all'interno dell'UE. Proprio il tema dei cd *European Champions*, fra l'altro, ha per qualche anno monopolizzato la scena addirittura evocando, giustamente a nostro avviso, la necessità di un riequilibrio con il diritto della concorrenza, che per anni è stato la "clava" agitata dalla Commissione europea per perseguire alcuni obiettivi di politica industriale evitando le basi giuridiche di cui agli artt. 173 e 207 TFUE. Un tema che la Commissione non ha saputo cogliere tempestivamente rigettando le alleanze fra Alstom e Siemens e fra Fincantieri e STX e scoraggiando quelle *overseas*²⁹. Possono aiutare alcuni criteri chiave riguardanti i settori strategici come l'adozione di linee guida vincolanti sulla compatibilità degli aiuti per imprese in settori strategici come *chip*, AI, difesa, ecc. (art. 107(3)(b) TFUE). Inoltre, pare uti-

²⁷ Artt. 179-182 TFUE. Programmi Horizon Europe, regolamento n. 2021/695; Revisione del regolamento Horizon Europe per (i) inserire criteri vincolanti di concentrazione dei fondi su centri europei di eccellenza transnazionali (ii) creare un Albo giuridico UE dei Centri di Alta Prestazione, (iii) con esclusione automatica dai bandi UE di enti scientifici sotto soglia nei ranking internazionali (con valutazione a 3 anni).

²⁸ Artt. 107-109 TFUE. Regolamento concentrazioni (CE) n. 139/2004. Comunicazione della Commissione su IPCEI (2021/C 528/02).

²⁹ F. MOSCONI, *The Age of European Champions – A new chance for EU Industrial policy*, in *The European Union Review*, vol. 11, n. 1, March 2006, pp. 29-59; M. MOTTA, M. PETIZ, *Competition policy and European firms' competitiveness*, Vox, 20 February 2019, reperibile all'indirizzo internet cepr.org/voxeu/blogs-and-reviews/competition-policy-and-european-firms-competitiveness; F. ONIDA, *Politica UE fra campioni industriali e antitrust*, in *lavoce.info*, 2019.

le una riforma del regolamento (CE) 139/2004 per introdurre (i) un criterio di “scala globale necessaria” per consentire fusioni intra-UE e (ii) una clausola di salvaguardia giuridica per il caso di fusione necessaria per la competitività extra-UE, da presumersi compatibile salvo prova contraria. Inoltre, come vedremo in prosieguo, va rivista la disciplina sugli aiuti di stato.

Al di là di questo intervento va preso atto che la Commissione europea, impegnata in una azione di politica industriale, non ha gli strumenti per essere anche autorità della concorrenza. Ritornano quindi di attualità le riflessioni degli anni ‘80 di Claus Ehlermann sulle quali ci siamo soffermati di recente³⁰.

2.5. Solidarietà

L’entusiasmo di molti, in genere giovani giuristi nati quando l’Unione europea era già una realtà e la comunità – almeno nel periodo di successo – era ormai del tutto consegnata alla storia, nella consapevolezza della impossibilità di costruire regole ad hoc sullo spazio europeo dell’industria per la indisponibilità degli Stati (certo non pronti a mettere in comune quote addizionali di sovranità e quindi a rinunciare alle loro competenze), ha aiutato a sviluppare alcuni principi che né i fondatori né gli studiosi dei primi trent’anni hanno coltivato. E così nel giro di pochi anni si è assistito ad una molteplicità di lavori che rilanciano temi come l’autonomia del diritto europeo o ancora di più il principio di solidarietà. Temi importanti che, tuttavia,

³⁰ V. il nostro, *Politica industriale e controllo della concorrenza. Il ruolo della commissione europea nello spazio europeo dell’industria*, in DCSI, 2024, p. 339. V. anche di recente il lavoro di O. PALLOTTA, *Le funzioni dell’antitrust (alla prova di resistenza dell’Unione europea)*, in *Unione europea e Diritti*, n. 2, 2025, p. 1; C. D. EHLERMANN, *The contribution of EC competition policy to the single market*, in CMLR, 1992, p. 281; ID., *Reflections on a European Cartel Office*, in CMLR, 1995, p. 471; ID., *The Modernization of EC Antitrust Policy. A Legal and Cultural Revolution*, in *Working Paper*, Florence – European University Institute – EUI, 2000, p. 100; A. MEADE, *Modeling a European Competition Authority*, in *Duke Law Journal*, n. 1, 1996, p. 153 ss.; G. WILLIAMS, *Monomaniacs or Schizophrenics? Responsible Governance and the EU’s Independent Agencies*, in *Political Studies*, 2005, n. 1, p. 82 ss.; S. WILKS, L. MCGOWAN, *Disarming the Commission. The Debate over a European Cartel Office*, vol. 32, n. 2, in *JCMS*, 1995, p. 259; L. MCGOWAN, *Unmasking a Federal Agency: the European Commission’s Control of Competition Policy*, in *European Business Review*, 1996, p. 13 ss.; P. BAAKE, O. PERSCHAU, *The law and policy of competition in Germany*, in G. MAJONE, *Regulating Europe*, London-New York, 1996, p. 131 ss.; S. WILKS, I. BARTLE, *The Unanticipated Consequences of Creating Independent Competition Agencies*, in *West European Politics*, vol. 25, n. 1, 2002, p. 148.

muovendo dall'esperienza Covid, l'unica che ha riconosciuto una alleanza così incisiva fra gli Stati per la gestione dei vaccini e delle stesse fasi organizzative della pandemia, possono svolgere un ruolo integrativo, a fianco di processi che, se si guarda alla società europea ed alle relazioni fra i principali Stati membri, sono molto complessi.

3. *“L'effetto Bruxelles”, la over-regulation ed il confronto fra i valori.*

3.1. *La risposta dell'Unione europea ad una esigenza di politica industriale e il suo effetto negativo sul mercato unico*

L'Unione europea, in uno scenario così debole sul piano internazionale, e con un contesto così incompleto per quanto riguarda il modo di essere dell'ordinamento europeo, ha nondimeno coltivato, come si anticipava, alcune strategie. Ovviamente senza mettere in dubbio la sovranità degli Stati. E quindi, certamente incidendo sulla politica economica e quindi sulla competitività delle imprese, ma senza porsi come autorità competente al governo di una politica economica complessiva: che evidentemente non è fatta solo di misure di accesso al mercato, condizioni di produzione o commercializzazione ecc. ma che presuppone l'unità delle scelte negli investimenti, i territori e le tecnologie, le alleanze internazionali e la ricerca scientifica. Anzi, come si è ricordato, probabilmente sfruttando l'interesse di molti Stati alla condivisione di una “economia del debito” contro le spinte di segno neolibera che premiano il merito, gli investimenti ed il mercato, l'Unione non ha neppure provato a riformare l'economia, selezionando gli investimenti, promuovendo una ricerca scientifica di qualità e, in breve, concorrenza.

Ai fini degli obbiettivi di questa seconda parte del lavoro rilevano le scelte dell'Unione che si sono risolte in un'opera di regolazione in funzione dell'attuazione dei valori comuni e dalle scelte industriali³¹, che si sono rivelate spesso esorbitanti e pertanto pregiudizievoli per il commercio internazionale e quindi per il mercato unico³². Una strategia regolativa, l'“effetto

³¹ Per un confronto sui principali casi che hanno evocato il conflitto fra valori europei e scelte di politica industriale europee o nazionali V. T. TRIDIMAS, *Wreaking the wrongs: Balancing Rights and the Public Interest. The EU way*, in *CJEL*, 2024, p. 185 dove tutti i riferimenti ai quali rinviamo.

³² Utile confrontare il periodo in esame con l'epoca della ri-regolazione degli anni 90 quando l'obiettivo dell'intervento in regolazione non era di segno industriale e politico ma per assicurare la tutela dei consumatori e quindi l'attuazione del mercato interno.

Bruxelles” come è stata definita, che ha così dato luogo a una serie davvero molto capillare di misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative che non sempre paiono giustificate – quantomeno nella loro complessità – alla luce dei principi e dei valori che si prefiggono di attuare e che evidentemente hanno una finalità di politica industriale. Misure che paiono dannose, non solo guardando al mercato interno, ma assai di più se viste dalla prospettiva dei Paesi terzi, oltretutto massimamente coinvolti perché le imprese destinatarie delle misure regolative sono nella stragrande maggioranza localizzate in Paesi i cui ordinamenti non sono ispirati ai medesimi valori ed alle medesime scelte industriali europei, siano essi la Cina, gli Stati Uniti, il Giappone, ecc. Tanto che è in atto un’azione di revisione critica di queste misure necessaria per ovviare ad una congiuntura ulteriore che mette a rischio il commercio internazionale.

Di seguito, senza alcuna pretesa di esaustività e di sviluppo, ci soffermiamo solo su alcuni capitoli di questo lavoro: quello di rivedere le norme di regolazione strettamente in funzione di valori europei. Ovviamente non è obbiettivo di questo lavoro proporre soluzioni operative. Ogni intervento in regolazione merita una valutazione complessiva, da un lato alla luce dei valori europei e dall’altro rispetto ai principi ed alle politiche che gli Stati sviluppano. Ricordando, forse, che sia le costituzioni nazionali sia lo stesso ordinamento dell’Unione offrono alcuni principi ispiratori in grado di governare le complessità e quindi i conflitti (ad esempio, le norme sul mercato unico, quelle generali sugli obbiettivi dell’Unione, l’art. 41 della Costituzione italiana ma anche di converso il commercio internazionale).

Malgrado alcuni casi della Corte costituzionale o della Corte di giustizia siano stati letti come presidi di alcuni valori centrali dell’Unione, e persino prevalenti sul diritto dell’Unione e sul diritto internazionale ³³, la giurisprudenza costituzionale e quella europea hanno da tempo chiarito che la maggior parte dei diritti fondamentali non ha carattere assoluto, ma può/deve essere oggetto di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti, purché siano rispettati:

- la legalità della limitazione (base normativa chiara e prevedibile),
- la sua necessità in relazione allo scopo,
- la proporzionalità della misura adottata³⁴.

³³ Corte cost. sent. 22 ottobre 2014, n. 238; Corte giust. 3 settembre 2008, C-402/05 e C-415/05; Corte EDU 13 giugno 2013, ric. n. 77633/16, *Viola/Italia*.

³⁴ Art. 11 Cost. «L’Italia [...] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni»; art. 52, n. 1, della Carta di Nizza: «Ogni limitazione all’esercizio dei diritti e delle

La tutela dei diritti e dei valori fondamentali può essere compressa, quindi, ma non svuotata, quando ciò sia necessario per la costruzione di un ordine internazionale giusto, stabile e funzionale, ed in particolare per stipulare accordi multilaterali fondamentali, per garantire la sicurezza economica, tecnologica o energetica, per consentire l'accesso a beni pubblici globali (AI, difesa, cybersicurezza).

Ma questa compressione è possibile, anche secondo gli ordinamenti europei, solo se sussistono le tre condizioni di cui sopra, e se (i) la compressione sia temporanea o circoscritta, (ii) esistano clausole di salvaguardia, meccanismi di revisione, strumenti di monitoraggio, (iii) non si violi il contenuto essenziale del diritto (nucleo intangibile), e (iv) sia garantito il sindacato giurisdizionale. In breve, in un mondo in cui la cooperazione economica e tecnologica è condizione per la sopravvivenza sovrana e civile dell'Europa, non è possibile preservare i valori costituzionali solo come categorie autoreferenziali. Essi devono potersi adattare e interagire con l'esigenza di apertura, in un processo dinamico di bilanciamento costituzionalmente vigilato³⁵.

Si tratta di criteri valutativi da condurre, in particolare, con riguardo a ciascun intervento limitativo ma tenendo presente la complessità dell'intervento. E non si tratta di un lavoro meramente tecnico: perché, con esclusione delle misure e regole evidentemente esorbitanti perché non traggurano la tutela dei valori europei, molte misure sono probabilmente giustificate in funzione di valori dell'Unione e dei suoi Stati membri che, tuttavia, non sono condivisi (quantomeno identicamente) da molti Paesi e specialmente da quelli che sono impegnati nella riscrittura delle regole mondiali. E, insomma, troppo facile richiamarci ad una giurisprudenza ormai molto evoluta sui valori europei (la tutela dei consumatori, la tutela dei minori, la

libertà [...] deve essere prevista dalla legge, rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e, nel rispetto del principio di proporzionalità, essere necessaria e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione». La stessa logica è rinvenibile nell'art. 10, § 2 della CEDU e nell'art. 13 Cost. sulla libertà personale («...nei soli casi e modi previsti dalla legge»); art. 21 TUE: «L'azione esterna dell'Unione si fonda sui principi [...] del rispetto del diritto internazionale»; art. 3 TUE: «L'Unione [...] contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra». Questi articoli giustificano l'adesione a trattati internazionali anche a costo di limitare prerogative interne, purché non si violi il “nucleo duro” dei diritti fondamentali.

³⁵ Sulla circolarità dei principi i contributi sono vastissimi: ci limitiamo a ricordare, oltre al contributo di Takis Tridimas citato, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di F. FERRARO e P. DE PASQUALE, Napoli, 2023, *passim*; M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, 2024.

regola di diritto, i diritti umani), che evidentemente costituiscono il primo riferimento sia per la Corte di giustizia sia per le corti costituzionali, senza considerare i principi e gli obiettivi dell'Unione e di ciascuno Stato membro di mercati funzionanti sul piano internazionale con l'area economica europea competitiva e pienamente inserita nel mondo. E questo non è solo un lavoro giuridico di bilanciamento, introducendo aspetti di politica generale da declinare in ambito internazionale. Quelli che seguono sono solo alcuni dei comparti dove l'indicato bilanciamento dei valori deve essere assicurato in modo responsabile e maturo.

3.2. *Le direttive CSRD e CSDDD: cenno*

La politica del clima ha impegnato il mondo comunitario per vari anni producendo una serie di norme che, in assenza di un quadro mondiale condiviso, avrebbero comportato una grave pregiudizio alla competitività delle imprese. Un intervento che si è realizzato, a ben vedere, in larga parte attraverso le norme in materia di concorrenza proprio perché gli articoli 173 e 207 TFUE avrebbero comportato eccessive difficoltà operative. Addirittura, la politica del clima è stata letta per anni come il cuore della politica industriale europea: ed a questa politica si sono piegate le procedure europee finanche in materia di concorrenza e libertà di impresa. Così, da una parte si è assistito ad un rinnovato ruolo delle norme in materia di concorrenza, finanche con alcuni eccessi, mentre dall'altra queste norme sono state usate proprio per conseguire gli obiettivi sul clima. Una sintesi che è venuta meno quando di recente è apparso chiaro che la politica del clima e lo stesso ruolo delle norme sulla concorrenza venivano a essere messi in dubbio.

Le direttive CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*, (UE) 2022/2464) e CSDDD (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, (UE) 1760/2024) mirano così a rafforzare l'impegno delle imprese verso gli obiettivi ambientali, sociali e di governance; ma pongono rilevanti criticità sotto il profilo del diritto primario dell'Unione, in particolare in relazione alla libera circolazione delle merci (artt. 34-36 TFUE), dei servizi (art. 56 ss. TFUE) e dei capitali (art. 63 ss. TFUE)³⁶. Le due direttive, (a) introducono obblighi di rendicontazione (CSRD) e di *due diligence* (CSDDD) a un numero elevato di imprese, incluse realtà di media dimensione, (b) impongono adempimenti che si riflettono oltre il territorio dell'Unione, coinvolgendo

³⁶ R. GRECO, *La Direttiva sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: quale portata extra Ue?*, in SIDIBlog, 2024.

fornitori e partner extra-UE e (c) comportano oneri economici e amministrativi sproporzionati rispetto agli obiettivi dichiarati, soprattutto per i soggetti indirettamente coinvolti. Misure ed obblighi che sarebbero in contrasto, si osserva, con l'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e con la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia sul principio di proporzionalità³⁷. Anche se la protezione dell'ambiente e dei diritti umani costituisce una politica comune ai sensi dell'art. 36 TFUE, le direttive in parola non possono giustificare misure che abbiano effetto discriminatorio o sproporzionato rispetto allo scopo. Si osserva, infatti, che in particolare la CSDDD, imponendo alle imprese obblighi estesi di controllo e responsabilità anche in relazione ai servizi ricevuti da terzi e agli investimenti in filiere globali, produce un effetto dissuasivo verso la scelta di fornitori esterni, la delocalizzazione di servizi specialistici (es. logistica, produzione, auditing), gli investimenti diretti in Paesi terzi, per timore di responsabilità *ex lege*.

In risposta a tali rilievi, la Commissione ha avviato l'elaborazione di una direttiva "Omnibus"³⁸, mirata a introdurre esenzioni e soglie per le piccole e medie imprese e fornitori marginali, ridurre obblighi duplicati tra CSRD e CSDDD, chiarire il funzionamento dell'ambito extraterritoriale degli obblighi.

3.3. Una seconda area in cui l'Unione europea ha regolato il mercato in modo, secondo alcuni, esorbitante è quella dei servizi digitali

Il regolamento 2022/2065 sul mercato unico dei servizi digitali (*Digital Services Act* – DSA) e il regolamento 2022/1925 sui mercati digitali equi e contendibili (*Digital Markets Act* – DMA) rientrano nel pacchetto normativo europeo per la regolamentazione dello spazio digitale. Sebbene animati da finalità di protezione dei consumatori e promozione della concorrenza, tali strumenti sono stati oggetto di critiche per il loro impatto potenzialmen-

³⁷ Corte giust. 13 novembre 1990, 331/88, *Fedesa*, punto 13: «Il principio di proporzionalità [...] impone che i mezzi adottati non eccedano quanto è appropriato e necessario per conseguire gli scopi legittimamente perseguiti»; 20 febbraio 1979, 120/78, *Cassis de Dijon*: anche misure indistintamente applicabili possono costituire ostacoli se non giustificate da esigenze imperative; 14 dicembre 2006, C-142/05, *Åklagaren/Percy Mickelsson*: «le restrizioni giustificate da obiettivi ambientali devono essere proporzionate e non discriminatorie»; 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*, sulla tutela dei capitali; e 10 maggio 1995, C-384/93, *Alpine Investments*, sulla libertà di prestazione dei servizi. U.S. Chamber of Commerce, Position Paper on EU ESG Regulatory Overreach, 2023: «The CSDDD risks creating a de facto barrier to trade under the guise of sustainability due diligence».

³⁸ E. CORCIONE, *Meno diritti umani, più competitività? Alcune considerazioni sul pacchetto omnibus proposto dalla Commissione europea*, in *SIDIBlog*, 2025.

te discriminatorio e distorsivo del commercio internazionale, nonché per profili di violazione delle regole multilaterali del commercio elettronico³⁹. Entrambi i regolamenti si applicano ai prestatori stabiliti fuori dall'Unione purché forniscano servizi nell'Unione (art. 2.1, DSA e art. 1.2, DMA). Tale impostazione suscita dubbi circa la conformità di queste norme al principio del trattamento nazionale (art. XVII GATS – WTO) ed il potenziale effetto di esclusione delle imprese extra-UE, cui si impongono obblighi senza piena accessibilità ai processi decisionali. Il DMA introduce obblighi asimmetrici per i *gatekeeper* (art. 3), tra cui il divieto di auto-preferenza (art. 6.5), l'obbligo di interoperabilità (artt. 6.7 e 7), il divieto di scambiare dati tra servizi senza consenso (art. 5.2); mentre il DSA impone obblighi molto stringenti ai *Very Large Online Platforms* (VLOPS), tra i quali la gestione dei contenuti illegali (artt. 16 e 34 ss.), la trasparenza degli algoritmi e la pubblicità occulta (artt. 26, 27, 38), il diritto di accesso ai dati per i ricercatori (art. 40). Tali obblighi, pur astrattamente legittimi, possono risultare sproporzionati o applicati in maniera selettiva, con conseguenze distorsive per il commercio digitale globale.

Gli Stati Uniti, attraverso l'Ufficio del Rappresentante per il Commercio (USTR), hanno segnalato che il DMA rischia di colpire imprese americane, violando i principi del WTO⁴⁰. Giappone e Corea del Sud hanno avanzato rilievi analoghi presso il Wto e nel G7 del 2023. Alcune organizzazioni industriali hanno denunciato il carattere protezionistico e discriminatorio delle nuove regole.

Nei confronti di X, TikTok e Meta la Commissione europea ha avviato diverse procedure in base al DMA aventi ad oggetto gli obblighi di rimozione dei contenuti illegali e di trasparenza sull'uso degli algoritmi, sulla mancata tutela dei minori e sulla informazione pubblicitaria⁴¹. Mentre procedi-

³⁹ F. ROSSI DAL POZZO, *Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in EJ, 2020, pp. 13-49; F. FERRI (a cura di), *La nuova disciplina UE sull'intelligenza artificiale*, in questa Rivista, fascicolo speciale n. 2, 2024; A. ADINOLFI, A. SIMONCINI (a cura di), *Protezione dei dati personali, e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche*, Napoli, 2022; G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021.

⁴⁰ USTR, 2023 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers, sez. EU, pp. 138–139. G7 Digital Ministers' Declaration 2023, Tokyo, 30 April 2023. CCIA, Concerns on EU Digital Market Regulation, Position Paper, 2023.

⁴¹ European Commission, Case against X (2023); European Commission, meta.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_2664; F. CASSANO, *Meta's New "Hateful Conduct Community Standards" Policy and its (Dis)Alignment with International Human Rights Law on Hate Speech*, in SIDIBlog, 2025.

menti sulla base del DSA sono stati avviati nei confronti di Apple, Google e Amazon con riguardo alla violazione dell'obbligo di interoperabilità e di autoproduzione, all'accesso ai dati dei providers diversi dagli home providers ed all'obbligo di consenso per la integrazione dei dati.

Il quadro regolatorio delineato da DSA e DMA segna un avanzamento significativo nell'armonizzazione del mercato digitale europeo. Tuttavia, solleva questioni rilevanti per il possibile conflitto con le regole WTO (trattamento nazionale, obbligo di trasparenza, non discriminazione), per la creazione di barriere regolatorie, per l'impatto negativo sulla libera circolazione dei servizi digitali.

3.4. *Il regolamento Reach*

Il regolamento n. 1907/2006, è oggetto di numerose critiche perché, pur perseguendo legittimi obiettivi di salute pubblica e tutela ambientale, viene da più parti ritenuto sproporzionato e in grado di ostacolare la libera circolazione delle merci, dei servizi e, indirettamente, anche dei capitali. Il sistema *Reach* impone registrazione, valutazione, autorizzazione e restrizione per ogni sostanza chimica maggiore di una tonnellata/anno. Ciò che comporta costi ingenti e tempi lunghi per test di laboratorio, valutazioni di rischio e documentazione. Le piccole e medie imprese e i produttori extra-UE spesso non riescono a sostenere tali obblighi, con conseguente esclusione dal mercato europeo. Il *Reach* è stato più volte ritenuto, specialmente da Stati Uniti, India, Cina e Brasile, costituire un ostacolo tecnico al commercio contrario ai principi del WTO. Esso, infatti, impone obblighi anche ai produttori non europei che esportano nell'Unione, inducendo talora una discriminazione indiretta rispetto ai prodotti europei. Si osserva ancora che se una sostanza non è registrata o è sottoposta a restrizione, non può essere commercializzata in nessun Paese europeo. Ciò contraddice la libertà di circolazione *ex artt.* 34-36 TFUE, specie quando le restrizioni non sono giustificate da prove concrete di pericolo attuale o immediato. In definitiva le incertezze normative e le restrizioni pesanti riducono l'attrattività dell'Unione per gli investimenti, in particolare in settori come farmaceutica, elettronica, automazione.

Per i motivi di cui sopra anche per il *Reach* si profila una revisione (iniziativa "Chemicals Strategy for Sustainability", CSS). Le Proposte di modifica (non ancora adottate formalmente) sembra prendano in esame a. una maggiore proporzionalità per le PMI, con riduzione degli oneri per chi produce in quantità ridotte, b. l'introduzione di un sistema di autorizzazione semplificata per le sostanze a basso rischio, c. lo snellimento delle valutazioni

di rischio per sostanze già ben conosciute o con storia d'uso consolidata, d. il riconoscimento reciproco di dati scientifici da Paesi OCSE per evitare duplicazioni, e. alcune deroghe mirate per settori strategici o innovativi (sono allo studio deroghe – art. 58 – per sostanze usate in ambiti cruciali – es. microelettronica, batterie, *green tech* – che consentirebbero l'uso limitato e controllato di sostanze vietate, per scopi di “interesse strategico”).

3.5. *Il regolamento sull'intelligenza artificiale*

Il regolamento 2024/1689 costituisce un altro esempio di un intervento in regolazione adottato da Paesi che complessivamente non rilevano dal punto di vista industriale nel comparto di cui trattasi e dove i servizi sono resi essenzialmente da imprese americane e cinesi⁴². Eppure, si tratta di un comparto decisivo praticamente in ogni settore industriale. In particolare, dopo una prima fase in cui l'intelligenza artificiale è stata usata specie nel comparto industriale, oggi diventa decisiva e può mettere seriamente in crisi assetti consolidati nel campo dei servizi, delle infrastrutture e della finanza⁴³.

Non vi è dubbio che il regolamento sollecita un esame particolare sotto il profilo della base giuridica, ritenendosi che il ricorso all'art. 114 TFUE non sia appropriato e della sua applicazione extraterritoriale allo scopo di condizionare l'erogazione di servizi resi da imprese extra unione che non posseggano una stabile organizzazione ma solo in virtù della localizzazione

⁴² Sul regolamento 2024/1689 e sulle perplessità che suscita rinviamo in particolare G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024; A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?* vol. I, *Diritti fondamentali, dati personali e regolazione*, Bologna, 2022; C. GRIECO, *Intelligenza Artificiale e tutela degli utenti nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2023. Sulla proposta di regolamento dell'Unione in particolare, A. ODDENINO, *Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali: alcune notazioni critiche sulla recente Proposta di Regolamento della UE con particolare riferimento all'approccio basato sul rischio e al pericolo di discriminazione algoritmica*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *op. cit.*, p. 165 ss.; A. SIMONCINI, *La proposta di regolazione europea dell'intelligenza artificiale. Prime riflessioni*, in *Protezione dei dati personali, e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche*, in A. ADINOLFI, A. SIMONCINI (a cura di) *op. cit.*, Napoli, 2022, p. 3 ss.; G. CONTALDI, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale e la protezione dei dati personali*, in G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di) *op. cit.*, p. 207 ss.

⁴³ Si sottolinea il ruolo dell'IA nella finanza se si considera il mercato italiano che si avvia ad una sorta di de standardizzazione che potrebbe promuovere anche importanti fenomeni di riassetto organizzativo. M. L. PASSADOR, *AI Act And the ECB: Steering Financial Supervision in the EU*, in *CJEL*, 2025.

del destinatario o degli effetti⁴⁴.

Inoltre, al di là dei grandi temi trasversali alcuni hanno ritenuto che il regolamento offrisse risposte troppo rigide e quindi incompatibili con una esigenza di buon funzionamento⁴⁵.

3.6. *L'atteggiamento della Commissione europea verso la disciplina degli aiuti di Stato: cenno*

Modifica del Framework

Partiamo dal disegno della Commissione europea – DG concorrenza – di modificare la disciplina degli aiuti per consentire, con la revisione del relativo *Framework*, agli Stati membri di compiere, avendo gli spazi di bilancio, scelte di politica industriale rivolte al rafforzamento dell'impresa nazionale nei settori ritenuti strategici (l'energia, la diversificazione, il digitale, ecc.⁴⁶). Una scelta che mostra evidentemente il limite dell'uso delle norme in materia di concorrenza per conseguire obiettivi di politica industriale. Perché di fatto, modificandosi le norme sugli aiuti, ed allargando le maglie, si finisce per beneficiare i paesi che hanno più spazio fiscale non certo per promuovere politiche comuni.

⁴⁴ S. POLI, *Il rafforzamento della sovranità tecnologica europea e il problema delle basi giuridiche*, in *I Post di AISDUE*, III, 2021.

⁴⁵ «Il tema dell'eventuale ostacolo all'utilizzo e allo sviluppo dei sistemi di AI derivante da un assetto regolatorio eccessivamente rigido presente nel regolamento, trae la sua origine dalla metodologia adottata, che segna una torsione verso un quadro normativo "top-down" dove cioè la valutazione dei diversi livelli di rischio è effettuata direttamente dal legislatore, con una distinzione tra categorie e soggetti a rischio sulla base della quale vengono assegnati obblighi e doveri differenti. Il risk-based approach così declinato si pone in chiara discontinuità rispetto a quello presente nel Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR). Al principio di accountability di quest'ultimo, espressione di un modello "bottom-up" dove la valutazione del rischio e l'individuazione delle misure di mitigazione adeguate sono poste in essere direttamente dai soggetti destinatari della regolazione, subentra nel caso dell'AI Act, invece, una impostazione che affida l'individuazione delle categorie di rischio e i meccanismi di mitigazione dello stesso non più alla discrezionalità dei destinatari della disciplina introdotta ma, per contro, riconduce le attività in questione all'uno o all'altro livello sulla base di un automatismo previsto ope legis, che regola altresì la disciplina di ciascun livello di rischio, la c.d. Piramide del rischio appunto, ed in primis gli obblighi che ne scaturiscono per i soggetti interessati»: così M. CARTA, *Il Regolamento UE sull'Intelligenza Artificiale: alcune questioni aperte*, in *EJ*, 2024, p. 188. V. anche M. INGLESE, *Il regolamento sull'intelligenza artificiale come atto epr il completamento e il buon funzionamento del mercato interno?*, in questa *Rivista*, fascicolo speciale n. 2, 2024, p. 1.

⁴⁶ competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/coronavirus/temporary-framework_en.

Aiuti come veicolo per il mercato interno

Sempre guardando agli aiuti di Stato – lo strumento privilegiato dalla Commissione europea per fare scelte di politica industriale – la Commissione non ha esitato ad autorizzare l'estensione di varie concessioni di servizi pubblici, a fronte di alcuni investimenti da parte dei concessionari, sviluppando un ragionamento sui criteri finanziari da usare per sostenere i servizi di interesse economico generale come quelli in materia di energia o di trasporti⁴⁷. Una soluzione possibile se si considera la tradizionale lettura dell'art. 106 TFUE alla luce dello schema *Altmark*⁴⁸. Ma anche in questo caso la deroga alle regole europee avrebbe probabilmente dovuto essere amministrata sulla base delle norme sul mercato interno e non sulla base delle norme in materia di concorrenza perché l'oggetto e lo scopo prevalente dell'atto non era certo il regime del servizio di interesse generale ma la durata del rapporto.

Da ultimo non è senza rilievo il nuovo regolamento FSR che contiene una serie di norme extraterritoriali che corrono il rischio di replicare le tensioni di cui ai DMA e DSA.

Il *Foreign Subsidies Regulation* (FSR – regolamento UE 2022/2560), entrato in vigore nel luglio 2023, è stato criticato sotto diversi profili, anche da parte di paesi terzi (Cina, Stati Uniti, ASEAN) per il suo potenziale impatto restrittivo sul commercio internazionale e sugli investimenti esteri. Il FSR, si osserva, introduce obblighi di notifica pesanti e incertezze giuridiche per le imprese non europee che ricevono sussidi statali e in tendono partecipare ad appalti o acquisizioni nell'Unione. Questo può scoraggiare l'ingresso di investimenti stranieri. Da notare che le tesi più recenti ed accreditate degli economisti convincono che, proprio a causa della crisi della comunità internazionale, privato e pubblico devono sempre più collaborare. Il pubblico, in particolare, è chiamato a strutturare una ricerca di qualità che sia decisiva per le imprese e la loro competizione internazionale⁴⁹. Il FSR, così, secondo

⁴⁷ Si veda la decisione (UE) 2435/2018, del 27 aprile 2018, che sviluppa un'analisi molto importante in vista del finanziamento del SIEG su cui D. MARESCA, *I parametri finanziari dello Stato imprenditore e committente*, Torino, 2020, *passim*. Indicativa è la vicenda dell'estensione delle concessioni autostradali in Italia che si è conclusa con la decisione del Tribunale del 15 settembre 2021, T-24/19, *INC e Consorzio Stabile Sis/Commissione*.

⁴⁸ Corte giust. 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark*.

⁴⁹ D. S. HAMILTON, J. QUINLAN, *The Transatlantic Economy*, 2023, CEPS Bertelsmann Stiftung, transatlanticrelations.org/publications/transatlantic-economy-2023/; P. MAVROIDIS (Columbia Law School); www.wto.org/english/res_e/booksp_e/repintcoosub22_e.pdf; M. MAZZUCCATO, *Il valore di tutto*, Bari, 2022, p. 2922.

alcuni, potrebbe violare il principio di non discriminazione (Mfn) e introdurre misure unilaterali al di fuori del quadro multilaterale del WTO per disciplinare i sussidi, creando frizioni sistemiche⁵⁰⁻⁵¹⁻⁵².

Le indicate scelte che connotano l'Unione entrano in crisi rapidamente quando si profila, nel 2025, una radicale modifica della posizione degli Stati Uniti nello scenario internazionale. Un Paese che, di fatto, abbandona la prospettiva di un occidente unito per traguardare un negoziato internazionale intorno ad un tavolo permanente fra Cina, Russia e Stati Uniti, e che si giova di una relazione con i Paesi Arabi e con l'India, con l'obiettivo di un nuovo ordine. Un tavolo, ostile alla costituzione internazionale del '900, che tende a respingere i valori europei che si sintetizzano nel clima, nella libertà economiche, nella regola di diritto e nei diritti umani. Paesi che vedono la democrazia molto diversamente da come la insegniamo negli atenei europei⁵³. Ma specialmente Paesi che vedono molto negativamente

⁵⁰ A. BRADFORD, *L'effetto Bruxelles*, Milano, 2023.

⁵¹ M. VORDERMAYER, *The Extraterritorial Application of Multilateral Environmental Agreements*, in *HJIL*, 2017, p. 59. V. i riferimenti di cui alla n. 16.

⁵² Sul punto ci permettiamo di rinviare al nostro recente lavoro *Politica industriale e controllo della concorrenza...* cit, p. 339. v. anche ricordato lavoro di O. PALLOTTA, *op. cit.*, p. 1.

⁵³ Se la *rule of law* è vista come strumento per esaltare il modello di mercato americano/europeo e preservarlo dai cambiamenti che la società post neoliberista di oggi impone, la sconfitta è drammatica. In breve, spesso sembra si "brandisca" la *rule of law*, sia in ambito internazionale che interno, non per costruire soluzioni il più possibile fedeli alle costituzioni dei paesi membri ed ai principi generali del diritto europeo (espressione di queste costituzioni e dei principi di cui alla CEDU), ma come arma politica in genere per conservare il modello di aggregazione senza cambiare niente: K. L. SCHEPPELE, *The Treaties Without A Guardian: The European Commission and the Rule of Law*, in *CJEL*, 2024, p. 93. Si tratta di domandarci, forse, se il problema non sia piuttosto nel fatto che il c.d. "guardiano", che nello spirito dei trattati non dovrebbe compiere opzioni politiche, abbia invece cessato di operare come garante dei trattati ma si concentri sulla formazione delle norme F. CAPELLI, *Governo dei tecnici e sistema costituzionale in Europa e in Italia*, in *DCSI*, 2012, Parte Prima, p. 409 ss. e Parte Seconda, p. 635 ss. Perché la *rule of law* non è affatto la conseguenza di una scelta politica degli Stati o di un gruppo di Stati, ma il fondamento dello Stato o di una aggregazione che va ben al di là delle singole norme e persino di una costituzione. M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, (a cura di) J. WINCKELMANN, Tübingen, 1985; J. WINCKELMANN, Tübingen, 1972, p. 158. Più di recente, T. BINGHAM, *The Rule of Law*, London, 2011, *passim*; P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato, Milano*, Milano, 2006, *passim*; F. VIOLA, (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012, *passim*; L. FERRAIOLI, *Sul futuro dello stato di diritto e dei diritti fondamentali*, reperibile all'indirizzo internet www.juragentium.org/topics/rights/it/ferrajol.htm; G. AGAMBen, *State of Exception*, Chicago, 2005. V. anche K. LENAERTS, *On Checks And Balances: The Rule of law within the EU*, in *CJEL*, 2024, p. 25; A. VON BOGDANDY, *Towards a Tyranny of Values?*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), *Principles on Defending Checks and Balances in EU Member States*, Cham, 2021, pp. 73-79; U. MATTEI, L. NADER, *When the rule of law is illegal*, Malden, 2008.

questa iper-regolazione che viene fatta dall'Unione in nome di principi che essi spesso neppure condividono.

4. *Conclusioni*

L'Europa ha giocato un ruolo molto importante nella regolazione, e quindi nella definizione della comunità di diritto per la definizione del *level playing of the field*, mentre è parsa del tutto inefficace nella politica economica e industriale se comparata con Stati Uniti e Cina. Si tratta solo di capire se è capace di realizzare, anche senza una modifica dei Trattati, e resistendo alle tensioni protezioniste e “sovrane” che vengono dagli Stati, le riforme necessarie completando davvero il mercato unico e costruendo una politica industriale comune intorno ad un “interesse europeo”.

Abstract (ita)

I Rapporti Draghi e Letta ci introducono ad una Europa più unita in nome della competitività internazionale che impone (i) una sola politica industriale e (ii) la piena attuazione del mercato unico. Questo contributo vuole essere una preliminare riflessione su riforme molto rilevanti, delicate e complesse anche dal punto di vista giuridico in un momento di crisi dell'ordinamento della comunità internazionale. Nella prima parte della ricognizione si riassumono gli strumenti necessari perché a trattati invariati gli Stati diano luogo ad un vero e proprio spazio industriale comune, oggi estraneo agli obbiettivi comuni. Nella seconda parte, dedicata alla soppressione delle regole che non sono necessarie per affermare i valori europei, si mettono in luce alcuni più delicati comparti dell'economia nei quali la regolazione europea è apparsa forse esorbitante.

Abstract (eng)

Draghi and Letta Reports envisage a Europe strongly based on two decisive elements (i) the industrial policy, which means the removal of any competition among member states, and (ii) the full implementation of single market. This article aims to constitute a preliminary contribution to step from economic theories to juridic evaluations. First, the Union is not built on an industrial policy effort being based on the WTO rules today in crisis. Second it is important to reassess the effects of the rules which govern some important sectors constituting true limitations of international and internal trade.

CONTENUTI E COGENZA DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA IN TEMA DI AIUTI BELLICI, POLITICHE DI DIFESA E SOLIDARIETÀ MILITARE TRA GLI STATI MEMBRI*

Bruno Nascimbene**

SOMMARIO: 1. Le origini della politica di difesa dell'Unione europea. – 2. Le norme PESC e PSDC. – 3. L'azione esterna, le competenze, la definizione progressiva. – 4. La competenza degli Stati. La gradualità della realizzazione. La PESCO (cooperazione strutturata permanente); i rapporti con la Nato. Il principio di solidarietà. – 5. La difesa della sicurezza (interna e internazionale) e dei valori. Le iniziative volontaristiche. – 6. Le iniziative più recenti. Il c.d. riarmo e il sostegno agli investimenti. Il Libro bianco; gli strumenti previsti. – 7. Gli investimenti a favore dell'industria europea della difesa. Il regolamento SAFE; il problema della base giuridica. – 8. Altri interventi finanziari. I principi di solidarietà e fiducia.

1. *Le origini della politica di difesa dell'Unione europea*

Il titolo della relazione che segue non solo è molto articolato, ma riguarda un tema di grande attualità che richiama, tuttavia, la storia dell'integrazione europea: poiché di politica di difesa, di collaborazione e cooperazione militare fra Paesi europei si parla fin dal 1952, quando venne proposta l'istituzione della CED-Comunità europea di difesa nel 1952¹¹.

* Riceviamo e pubblichiamo. Relazione tenuta al seminario dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su "La pace e la guerra nella Costituzione" – Anacapri, 20 giugno 2025.

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

¹ Considerata la natura del presente lavoro e del contesto in cui è stato presentato, ci si limita ad alcuni riferimenti essenziali. Sulla politica di difesa e per indicazioni sull'origine storica, S. IZZO, *La politica estera, di sicurezza e difesa comune*, in G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, vol. II, Napoli, 2021, p. 393 e p. 404 ss.; A. TIZZANO, R. ADAM, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 4° ed., Torino, 2024, p. 919 e p. 928 ss. Si vedano inoltre i vari contributi in M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *Sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, Milano, 2023, spec. quello di E. GREPPI, *Politica estera e difesa europea*, p. 5 ss.; cfr. pure *ivi*, p. 83 ss.; L. CALZOLARI, *Il mercato unico della difesa*, p. 57 ss.; A. MIGLIO, *Lo sviluppo della capacità di difesa e la cooperazione strutturata permanente*. Per una ricostruzione storica G. ROSSOLILLO, *Le basi di una politica estera e di sicurezza comune nei progetti CPE e CED*, in G. ROSSOLILLO (a cura di), *L'integrazione europea prima dei trattati di Roma*, Roma, 2019, p. 39 ss. In epoca più recente F. PETRANGELI,

Da allora ad oggi il momento più significativo è rappresentato dal Trattato di Lisbona (13 dicembre 2007, in vigore dal 1° dicembre 2009), che attribuisce una competenza specifica all'Unione in materia di PESC-Politica estera e di sicurezza comune e di PSDC-Politica di sicurezza e difesa comune, strettamente legata alla prima².

Nel processo di integrazione europea queste due politiche hanno avuto un percorso comune, segnato dalla predominanza degli interessi degli Stati, dalla tutela della sovranità nazionale restia a concedere spazio agli obiettivi comuni-comunitari, integrazionisti delle Comunità prima, dell'Unione poi.

Il riassetto dei poteri dell'Unione in tempo di guerra, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2024, p. 4 ss.; F. MUNARI, *La politica di sicurezza e difesa comune al tempo di Trump*, in *Unione europea e Diritti*, 2025, p. 1 ss., e prima, dello stesso, *La politica di sicurezza e difesa comune nell'Unione: il tempo delle scelte*, in *EJ*, 2024, p. 213 ss. Sulla possibilità di “ridare vita” alla CED a seguito della ratifica del trattato istitutivo da parte di Italia e Francia, e sui “vantaggi” che ne deriverebbero, F. FABBRINI, *La Ced per difendere l'Europa*, in www.rivistailmulino.it/a/la-ced-per-difendere-l-europa (peraltro senza alcuna disamina, invero, della compatibilità procedurale e istituzionale con il diritto UE).

² La PESC e la PSDC (già PESD, come si dirà oltre) hanno la loro origine *a)* nella Cooperazione politica europea (CPE), formalmente prevista nell'atto unico europeo (AUE) del 1986 (art. 1, 1° co., che si riferisce alle «comunità europee» e alla «Cooperazione politica europea» che «persegue l'obiettivo di contribuire insieme a far progredire concretamente l'Unione europea», art. 1, 3° co. che rinvia sulla CPE al titolo III, “Disposizioni sulla cooperazione europea in materia di politica estera”); *b)* nel Trattato di Maastricht (1992), che istituisce “tre pilastri”, uno dei quali è la PESC, disciplinata nel Trattato dell'Unione europea (TUE), che prevede come obiettivo (art. B) «l'attuazione di una politica estera e di sicurezza comune, ivi compresa la definizione a termine di una politica di difesa comune che potrebbe, successivamente, condurre ad una difesa comune»; il titolo V contiene le “Disposizioni relative alla politica estera e di difesa comune”; l'art. J.4 prevede che la PESC comprende la politica di difesa comune e che l'UEO, Unione dell'Europa occidentale (istituita nel 1948) è «parte integrante dello sviluppo dell'Unione europea» (ne è una sorta di braccio operativo; l'art. 17, par. 3 espressamente prevede che «l'Unione si avvarrà dell'UEO per elaborare ed attuare decisioni ed azioni dell'Unione che hanno implicazioni nel settore della difesa»; una Dichiarazione adottata dalla conferenza dei governi degli Stati membri, contenuta nell'Atto finale del Trattato di Amsterdam (su cui si veda poco oltre), la n. 2, è relativa alla “cooperazione rafforzata fra l'Unione europea e l'Unione europea occidentale”; una Dichiarazione, la n. 3, è “relativa all'Unione europea occidentale”); *c)* il Trattato di Amsterdam (1997) ove è disciplinata la PESC e la politica di difesa comune, art. 1 e titolo V del TUE (versione consolidata); una norma *ad hoc*, art. 17, riguarda le relazioni e funzioni dell'UEO. Tali norme (titolo V, in particolare l'art. 17) hanno subito alcune modifiche in virtù del Trattato di Nizza (2001), soprattutto con riferimento all'UEO. L'attività dell'UEO fu progressivamente integrata nell'Unione europea e nel 2010 la presidenza spagnola dell'UEO, a nome degli Stati membri, proclamò la decisione di porre fine (scioglimento) all'UEO, che terminò poi la propria attività nel 2011.

Il progetto di istituire una Comunità europea di difesa, creando un esercito comune, si concretizzò in un Trattato firmato il 27 maggio 1952 da Francia, Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi, Repubblica federale tedesca e Italia, ma mai entrato in vigore a causa dell'opposizione francese alla ratifica (l'opposizione era dovuta all'insuccesso militare in Indocina e alle preoccupazioni derivanti dal riarmo tedesco). Si privilegiarono, in Europa, altre forme di cooperazione, come la CEECA (Trattato istitutivo del 18 aprile 1951, firmato dagli stessi Paesi prima ricordati) e l'UEO-Unione dell'Europa Occidentale, organizzazione di sicurezza militare e cooperazione politica (istituita il 17 marzo 1948, modificata il 23 ottobre 1954, sciolta nel 2011, quando fu deciso di trasferire le attività dell'organizzazione all'Unione europea. Peraltro una collaborazione istituzionale fra UE e UEO avvenne con le missioni umanitarie e per il mantenimento e ripristino della pace, c.d. missioni Petersberg istituite nel 1992, svoltesi soprattutto nel Golfo Persico e nella *ex* Jugoslavia (un'indicazione circa tali missioni è nel TUE, prima art. 17 a seguito del Trattato di Amsterdam, poi art. 43 a seguito del Trattato di Lisbona). Le competenze dell'UEO, riconosciute dai Trattati di Maastricht (del 1992) e Amsterdam (del 1997), furono trasferite all'UE con i Trattati di Nizza (del 2001) e di Lisbona (per poi, come si è detto, sciogliersi)³.

Negli anni del dopoguerra nasceva, il 4 aprile 1949, una forma di alleanza militare internazionale che comprendeva alcuni Paesi europei, la Nato (Organizzazione del Trattato dell'Atlantico del Nord), oggi composta da trentadue Paesi, ventitré dei quali sono membri della UE (non lo sono l'Austria, Cipro, l'Irlanda e Malta perché Paesi neutrali). Nato e UE, in materia di difesa, hanno (come si dirà) obiettivi comuni.

2. *Le norme PESC e PSDC*

Le due “politiche”, PESC e PSDC, appartengono al complesso di norme che nel TUE riguardano l'azione esterna dell'Unione (Titolo V, “Disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione e disposizioni specifiche sulla politica estera e di sicurezza comune”, articoli 21-46). Mentre gli articoli 21-22 (capo 1) contengono Disposizioni “generali sull'azione esterna dell'Unione”, gli articoli 23-46 (capo 2) contengono le disposizioni “specifiche” sulla PESC, e precisamente gli articoli 23-41 contengono “Disposizioni comuni” (sezione 1), mentre gli articoli 42-46 (sezione 2) contengono le disposizioni

³ Su questi profili storici, e per altri dati, si veda la nota 1.

sulla PSDC. PESC e PSDC sono entrambe qualificate “specifiche” rispetto a quelle dedicate all’azione esterna: appartengono a tale azione, che ha carattere generale, e presentano elementi comuni, seppur con alcune differenze.

L’attività esterna comprende, dunque, l’attuazione di varie politiche (art. 21, par. 2), e uno degli obiettivi è (lettera *c* dell’art. 21, par. 2) «preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale», tenendo conto e quindi (come afferma la norma) «conformemente» alla «Carta delle Nazioni Unite».

L’Unione è proiettata all’esterno: la PSDC è parte integrante della PESC, che dunque la comprende, e che trova una sua prima collocazione (come si è accennato) nel Trattato di Maastricht (1992), rappresentando il secondo dei tre pilastri su cui era fondata l’Unione. È poi disciplinata nel Trattato di Lisbona, che pur sopprimendo la distinzione fra pilastri, mantiene una certa distinzione: fra questa politica (PESC comprendente, come si è detto, la PSDC; la PSDC è la sezione 2 del capo dedicato alla PESC, mentre la sezione 1, contiene “Disposizioni comuni”) e le altre politiche materiali dell’Unione. Una distinzione, dunque, che va tenuta presente nella valutazione complessiva dei poteri e funzioni dell’Unione rispetto a quelle degli Stati.

3. *L’azione esterna, le competenze, la definizione progressiva*

Malgrado l’eliminazione dei “pilastri”, il nucleo centrale delle norme è nel TUE, non già nel TFUE, dove sono disciplinate le politiche dell’Unione, comprese quelle di rilevanza esterna (parte V, “Azione esterna dell’Unione”, articoli 205-222; la parte III è dedicata alle “Politiche e azioni interne dell’Unione”), come è la politica commerciale comune che appartiene, appunto, all’azione esterna.

Non v’è dubbio che esista un coordinamento fra PESC e le altre politiche, ma la prima resta, appunto, disciplinata dal TUE e le altre dal TFUE. Quest’ultimo, d’altra parte, proprio nell’art. 205 che è la prima delle norme sull’azione esterna, rinvia al TUE: «L’azione dell’Unione sulla scena internazionale [...] si fonda sui principi, persegue gli obiettivi ed è condotta in conformità delle disposizioni generali di cui al capo 1 del titolo V» del TUE (cioè dalle disposizioni generali sull’azione esterna, articoli 21-22 prima ricordati) e nel TUE (art. 21, par. 3) si afferma la necessità che l’Unione assicuri «la coerenza fra i vari settori dell’azione esterna e tra questi e le altre politiche». Rispetto alle altre politiche, dunque, siamo di fronte a Trattati

diversi e a basi giuridiche diverse: precisamente le “norme e procedure” della PESC e PSDC *a)* sono “specifiche”, *b)* sono decise all’unanimità dal Consiglio europeo e dal Consiglio (salvo sia diversamente disposto), *c)* non vengono adottati atti legislativi (art. 24, par. 1 TUE; art. 31, par. 1 TUE).

L’estensione della PESC a «tutti i settori della politica estera» e a «tutte le questioni relative alla sicurezza comune» (art. 24, par. 1) è dunque determinata dagli Stati, essendo richiesta l’unanimità. Essa comprende la PSDC: prescrive la norma (art. 24, par. 1) che nella PESC, appunto, è «compresa la definizione progressiva di una politica di difesa comune che può condurre a una difesa comune».

Due i rilievi in proposito.

Il primo riguarda la coerenza e il coordinamento fra PESC-PSDC da un lato e le altre politiche dall’altro lato, poiché l’attuazione delle une lascia impregiudicata l’attuazione delle altre. È prevista, *ex art.* 40 TUE, una non interferenza reciproca, con ciò confermando anche la distinzione di basi giuridiche (come già accennato) fra TUE e TFUE⁴.

Il secondo rilievo riguarda la qualificazione di “comune” della PESC-PSDC: ci si chiede se è davvero una politica comune o, piuttosto, una politica che “aspira” ad essere tale, poiché in primo luogo riguarda il semplice coordinamento fra le politiche estere nazionali ovvero, come afferma l’art. 24, par. 2, si rinvia alla «realizzazione di un livello sempre maggiore di convergenza delle azioni degli Stati membri». In secondo luogo, con particolare riferimento alla PSDC, vi è un riferimento sia ad una realizzazione che è “progressiva”, e quindi tale politica non è precisamente definita fin dall’inizio (art. 24, par. 1 TUE; art. 2, par. 4 TFUE), sia ad un possibile (non

⁴ Dispone l’art. 40 TUE: «L’attuazione della politica estera e di sicurezza comune lascia impregiudicata l’applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai trattati per l’esercizio delle competenze dell’Unione di cui agli articoli da 3 a 6 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea. L’attuazione delle politiche previste in tali articoli lascia parimenti impregiudicata l’applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai trattati per l’esercizio delle competenze dell’Unione a titolo del presente capo». Si ricorda che proprio all’art. 40 rinvia l’art. 24, par. 1, TUE a proposito della competenza della Corte di giustizia, che è esclusa con riguardo alle norme PESC, con l’eccezione della competenza a controllare il rispetto dell’art. 40 del presente trattato e la legittimità di talune decisioni, come previsto dall’articolo 275, secondo comma del Trattato su funzionamento dell’Unione europea (si tratta del «controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2 del trattato sull’Unione europea», cioè in base agli artt. 23-46 prima ricordati, che compongono le disposizioni specifiche sulla PESC).

certo) risultato della stessa, che è rappresentato dalla realizzazione di una «difesa comune» (art. 24, par. 1; l'affermazione circa tale risultato non è però ripetuta nell'art. 2, par. 4 TFUE, ove è omesso il riferimento al fatto che la predetta politica «può condurre ad una difesa comune»).

4. *La competenza degli Stati e la gradualità della realizzazione. La PESCO (cooperazione strutturata permanente); i rapporti con la Nato. Il principio di solidarietà*

La peculiarità delle competenze in materia, che intaccano, se non in modo marginale le competenze sovrane degli Stati, è ribadita sia *a)* in due Dichiarazioni *ad hoc* (n. 13 e n. 14) allegate al Trattato di Lisbona sulla politica estera e di sicurezza comune, ove si afferma che le competenze (nazionali) degli Stati membri restano “impregiudicate”, come pure impregiudicato è il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa degli Stati membri; sia *b)* nel regime eccezionale che esclude l'applicabilità della clausola di flessibilità sull'ampliamento dei poteri dell'Unione (art. 352, par. 4 TFUE): l'ampliamento, previsto per tutte le politiche e gli obiettivi previsti dai trattati, non è consentito per la PESC.

Premesso, come già si è ricordato (par. 2) che la PSDC è parte integrante della PESC, appare evidente dagli obiettivi che essa si propone di realizzare, gradualmente, che i compiti sono affidati alla volontà degli Stati che possono (non debbono) fornire capacità, nella specie «capacità operativa» all'Unione, ricorrendo a mezzi civili e militari, assumendo impegni in missioni di vario genere all'esterno che possono essere svolte anche soltanto da un gruppo di Stati. Decidono in proposito, su proposta dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri o su iniziativa di uno Stato membro, il Consiglio europeo e il Consiglio all'unanimità con l'assistenza di un organismo *ad hoc*, l'Agenzia europea per la difesa che opera (art. 42, par. 3 e art. 45) «nel settore dello sviluppo delle capacità di difesa, della ricerca, dell'acquisizione degli armamenti». L'Alto rappresentante, *ex art.* 18 TUE, par. 1, è nominato dal Consiglio europeo, è figura “doppia”, essendo (par. 2.4.) sia «mandatario del Consiglio», sia «uno dei vicepresidenti della Commissione»; «guida», par. 2, la PESC, contribuisce all'elaborazione della stessa, la attua e agisce, par. 2, «allo stesso modo per quanto riguarda la PSDC». ⁵⁵ La gradualità di questa politica potrebbe avere una sua conclusione nel trasfor-

⁵⁵ Si veda anche l'art. 24, par. 1, ove si afferma che la PESC «è messa in atto dall'alto rappresentante [...] e dagli Stati membri in conformità dei trattati», nonché l'art. 26, par. 3 (la PESC è «attuata dall'alto rappresentante e dagli Stati membri, ricorrendo ai mezzi nazionali e a quelli dell'Unione»).

marsi in vera e propria difesa comune, ma sulle modalità e sui tempi (art. 42, par. 2) decide («quando [...] avrà così deciso») il Consiglio europeo, come sempre all'unanimità. Obiettivo incerto, dunque.

Un altro tratto caratteristico è la conformità alla Carta delle Nazioni Unite e, per quegli Stati che ne sono parte (non l'Austria, Malta, Cipro e l'Irlanda, Paesi – come si è detto – neutrali), alla Nato. La politica dell'Unione non pregiudica quella degli Stati membri che aderiscono alla Nato, restando – Unione e Nato – distinte ma compatibili (come si dirà poco oltre). Gli Stati che hanno maggiori capacità militari e che hanno sottoscritto impegni più vincolanti per svolgere missioni possono instaurare una cooperazione strutturata permanente fra loro («PESCO», acronimo di *Permanent Structured Cooperation*, art. 42, par. 6, art. 46)⁶⁶. Quanto agli impegni Nato, il TUE dichiara (art. 42, par. 7) che gli impegni sottoscritti dagli Stati nel Trattato Nato rappresentano «il fondamento della loro difesa collettiva e l'istanza di attuazione della stessa», così confermando il mantenimento degli obblighi assunti in altro contesto e la loro compatibilità («compatibile» è l'aggettivo usato nell'art. 42, par. 2, secondo comma con riferimento alla politica adottata nel contesto Nato e in quello UE). In particolare nel caso in cui uno Stato membro subisca un'aggressione armata nel suo territorio, vi è l'obbligo, degli altri Stati (art. 42, par. 7), in conformità al principio generale di solidarietà (art. 222 TFUE) di prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in possesso di tali Stati, in conformità a quanto prevede l'art. 51 Carta delle Nazioni Unite. Si conferma la conformità alla Carta N.U. e si richiama il principio fondamentale di solidarietà, peraltro rilevante nell'art. 24, par. 2, quanto alla necessaria, reciproca solidarietà fra gli Stati membri e, par. 3, quanto allo «spirito di lealtà e di solidarietà reciproca»⁷⁷. La clausola di difesa reciproca ricalca l'art. 5 Trattato Nato che riconosce il diritto di autodifesa individuale o collettiva, previsto dall'art. 51 Carta N.U., in caso di attacco armato (l'uso della forza militare per difendere lo Stato membro attaccato è dunque legittima)⁸⁸.

⁶⁶ Sulla PESCO si vedano i rilievi di A. MIGLIO, *Lo sviluppo della capacità di difesa e la cooperazione strutturata permanente*, cit.

⁷⁷ La solidarietà è, fra l'altro, richiamata dall'art. 2 TUE sui valori dell'Unione, dall'art. 3, par. 5 sulle relazioni dell'Unione con il resto del mondo, è posta a base del rispetto e assistenza reciproca di cui all'art. 4, par. 3; alla solidarietà è dedicato il titolo IV della Carta dei diritti fondamentali. La clausola di solidarietà ex art. 222 TFUE prevede la possibilità per l'Unione e per gli Stati di agire congiuntamente «qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo».

⁸⁸ Sulle analogie e differenze fra le due norme cfr. M. VELLANO, *L'apparente enigma della*

5. *La difesa della sicurezza (interna e internazionale) e dei valori. Le iniziative volontaristiche*

La PSDC vuole assicurare la sicurezza sia internazionale, sia interna, che sono difficilmente separabili se si tiene conto degli obblighi che incombono agli Stati circa la salvaguardia dei valori, dei diritti e degli interessi fondamentali, dell'operatività di organizzazioni terroristiche nazionali con legami internazionali che destabilizzano la democrazia, lo Stato di diritto in questo e in quel Paese e, in generale, nell'Unione. La necessità di un'azione globale per la sicurezza richiede un maggior impegno rispetto a quello che, per esempio, nel passato, ha portato alla creazione di una forza multinazionale di polizia come la FGE, Forza di gendarmeria europea (2004, costituita da solo sei Stati), o di strutture militari come Eurocorps (2009, costituiti da solo cinque Stati). Sono iniziative volontaristiche, nazionali, che non rispondono ad obblighi comuni: la stessa cooperazione strutturata permanente (PESCO), già ricordata, prevista dagli artt. 42, par. 6, 46 TFUE e dal Protocollo n. 10 allegato al Trattato di Lisbona, che si ispira alle cooperazioni rafforzate previste dall'art. 20 TUE (e artt. 326-334 TFUE), ma senza prevedere un numero minimo di partecipanti (e consentendo la PESCO la reversibilità, cioè la sospensione e il recesso), è espressione di tale volontarismo. Vengono creati, insomma, con decisioni del Consiglio, strumenti specifici per compiere missioni, realizzare progetti, rafforzando la PSDC e l'obiettivo finale di istituzione di una difesa comune. Su questo obiettivo finale si dirà oltre.

clausola di mutua difesa di cui all'art. 42, par. 7 TUE, in questa *Rivista*, 2025, p. 1. Si vedano anche, in precedenza, i rilievi dello stesso autore *Quale ruolo per l'Unione europea in caso di un'aggressione armata al territorio di uno o più dei suoi Stati membri*, in P. DE PASQUALE, A. LIGUSTRO (a cura di), *La gestione delle emergenze nel diritto dell'Unione e nel diritto internazionale*, vol. I, Napoli, 2024, p. 189 ss. L'art. 42, par. 7 si riferisce a «un'aggressione armata» nel territorio di uno Stato, l'art. 5 a un «attacco armato» (contro uno Stato in Europa o nell'America settentrionale). A seguito dell'attacco, lo Stato nell'esercizio del diritto di legittima difesa, individuale o collettiva, riconosciuto dall'art. 51 Carta N.U., assisterà la parte o le parti attaccate, intraprendendo l'azione o le azioni necessarie, «compreso l'uso della forza armata, per ristabilire e mantenere la sicurezza nella regione dell'Atlantico settentrionale»; per attacco contro il territorio l'art. 6 intende anche quello contro «le forze, le navi o gli aeromobili di una delle parti che si trovano sul territorio di una di queste (o in altra regione d'Europa in cui siano dislocate forze di occupazione o nel Mar Mediterraneo o nella regione dell'Atlantico settentrionale)».

6. *Le iniziative più recenti. Il c.d. riarmo e il sostegno agli investimenti. Il Libro bianco; gli strumenti previsti*

Gli sviluppi più recenti, conseguenti soprattutto all'invasione dell'Ucraina da parte della Russia e all'orientamento espresso dal presidente degli Stati Uniti Donald Trump in materia di politica estera (possibile cessazione del sostegno all'Ucraina), hanno portato l'Unione europea a dedicare ampio spazio alla discussione sulla difesa, sulle risorse per finanziare un piano, appunto, di difesa comune. Un piano, inizialmente denominato *ReArm Europe*, è stato presentato (il 4 marzo 2025) dalla Commissione insieme a un pacchetto di misure cui è seguito (il 19 marzo 2025) un "Libro bianco congiunto" (cioè della Commissione e dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri) sulla "prontezza" alla difesa europea per il 2030 o "per la preparazione alla difesa europea 2030" (JOIN (2025) 120final, del 19 marzo 2025) in cui si precisa il contenuto del pacchetto, che dapprima era denominato, come si è detto, *ReArm Europe*, e poi *ReArm Europe-Readiness 2030*⁹, ovvero "Riarmo dell'Europa e Prontezza per il 2030".

Le condizioni di sicurezza europea, rispetto a documenti del passato (peraltro non molto lontano) con la "Bussola strategica per la sicurezza e la difesa" (adottata dal Consiglio nel marzo 2022, con riferimento al periodo 2022-2030)¹⁰, non solo si sono deteriorate, ma le minacce sono divenute più gravi e si è ritenuto necessario creare (come sottolinea il Libro bianco) una capacità di deterrenza sufficiente a prevenire una potenziale guerra di aggressione. L'iniziativa del Libro bianco ha avuto ampia risonanza mediatica, riproponendo peraltro un tema già noto: l'Unione può solo sostenere e coordinare gli sforzi degli Stati membri volti a rafforzare la base industriale

⁹ Sul Libro bianco si vedano, in particolare, i rilievi di A. MIGLIO, *Risorse europee per una difesa... europea? Il Libro bianco e le proposte della Commissione per il finanziamento della difesa*, in *EJ*, 2025, p. 159 ss.

¹⁰ Sulla "Bussola", ma anche sui risultati della cooperazione rafforzata, si vedano i rilievi di M. VELLANO, *Quale ruolo per l'Unione europea in caso di un'aggressione armata*, cit., p. 199, nonché p. 206 su strumenti e decisioni relative al finanziamento dell'assistenza militare all'Ucraina (riferimenti *ivi*). Sui mezzi di finanziamento, a seguito dell'emergenza rappresentata dalla guerra in Ucraina (per esempio con l'adozione del regolamento 2023/2418, del 18 ottobre 2023, EDIRPA, *European Defence Industry Reinforcement through Common Procurement*, cioè rafforzamento dell'industria europea sulla difesa mediante appalti comuni; del regolamento 2023/1525, del 20 luglio 2023, ASAP, *Act in Support of Ammunition Production*, cioè sul sostegno alla produzione di munizioni, A. MIGLIO, *L'Unione europea e l' "emergenza bellica": verso una politica industriale della difesa*, in P. DE PASQUALE, A. LIGUSTRO (a cura di), *op. cit.*, p. 225 ss.

della difesa e la prontezza generale dell'UE alla difesa, compresi i contributi europei alla deterrenza e alla difesa collettiva della Nato¹¹¹.

L'aspetto di maggior rilievo, oggetto delle proposte legislative o “pacchetto” che accompagnano il Libro bianco, riguarda la necessità di far fronte all'aumento delle spese degli Stati membri per sostenere la difesa. Le proposte consistono *a)* nell'istituire un nuovo strumento finanziario per il sostegno agli investimenti (il SAFE, *Security Action for Europe*, strumento di azione per la sicurezza dell'Europa); *b)* nell'attivazione coordinata della clausola di salvaguardia nazionale del Patto di stabilità e crescita; *c)* nell'inserimento di obiettivi relativi al settore della difesa nella revisione della politica di coesione.

Una prima, recente attuazione del Libro bianco è rappresentata dalla presentazione di un “pacchetto omnibus” della Commissione (del 17 giugno 2025) che comprende una comunicazione “sulla prontezza della difesa”, una proposta di regolamento e due proposte di direttiva che mirano *a)* sia a semplificare il quadro normativo degli appalti pubblici, le norme sui trasferimenti intra-UE di prodotti per la difesa, le procedure per l'accesso al Fondo europeo per la difesa (FES), con riduzione degli oneri amministrativi; *b)* sia ad accelerare le autorizzazioni per realizzare progetti infrastrutturali, a beneficiare delle deroghe in materia ambientale e di sostanze chimiche, in vista, appunto, di una più celere e semplice realizzazione di investimenti industriali nel settore della difesa, favorendo anche gli investimenti privati, oltre che quelli pubblici. Si tratta di obiettivi assai impegnativi, che richiedono tempi non brevi al fine dell'approvazione delle relative norme da parte del Parlamento e del Consiglio¹²¹².

¹¹ Cfr. il Libro bianco, spec. pp. 3 e 7 (ove fra l'altro si afferma: «E' giunto il momento per l'Europa di riarmarsi») con ampi riferimenti alla situazione in Ucraina.

¹²Cfr. la comunicazione del 17 giugno 2025, COM (2025) 820def.; la proposta di regolamento sull'accelerazione del rilascio dei permessi per i progetti di prontezza di difesa, in pari data, COM (2025) 821def.; la proposta di regolamento, in pari data, che modifica i regolamenti 1907/2006, 1272/2008, 528/2012, 2019/1021, 2021/697 sulla prontezza di difesa e sull'agevolazione degli investimenti nel settore della difesa e delle condizioni per l'industria della difesa, COM (2025) 822def.; la proposta di direttiva, in pari data, che modifica le direttive 2009/43 e 2009/81 sulla semplificazione dei trasferimenti intra-UE di prodotti per la difesa e sulla semplificazione degli appalti nel settore della sicurezza e della difesa.

7. *Gli investimenti a favore dell'industria europea della difesa. Il regolamento SAFE; il problema della base giuridica*

SAFE consente l'erogazione di prestiti a lunga scadenza a tassi competitivi per un importo massimo di 150 miliardi di euro, a favore di Stati (anche terzi, come l'Ucraina, o in via di adesione) che presentino progetti comuni, cioè appalti congiunti che riguardano almeno due Stati (in via transitoria, stante la condizione dell'urgenza geopolitica attuale, sono ammissibili anche progetti nazionali). Viene favorita l'industria europea della difesa, con l'obiettivo di aumentare la capacità produttiva. La proposta di SAFE è divenuta, in epoca recente, un regolamento (2025/1106 del 27 maggio 2025, che istituisce lo strumento “mediante il rafforzamento dell'industria della difesa”), oggetto peraltro di contestazione da parte del P.E. di cui si dirà. Insieme al Libro bianco, è stata presentata una comunicazione, che non ha ancora trovato riscontro in iniziative legislative, riguardante l' “Unione del risparmio e degli investimenti. Una strategia per promuovere la ricchezza dei cittadini e la competitività economica nell'UE”¹³¹³.

Con il SAFE si è voluto seguire il modello del diverso strumento adottato a seguito dell'epidemia di Covid-19: il SURE (acronimo di *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*), strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (regolamento 2020/672 del 19 maggio 2020) con cui veniva concessa assistenza finanziaria agli Stati per il sostegno agli ammortizzatori sociali, a seguito della contrazione del mercato del lavoro creata dalla diffusione dell'epidemia di Covid-19. Altro strumento che si è tenuto presente è quello per il sostegno alla ripresa dell'economia nell'ambito del piano *Next Generation EU* (NGEU, regolamento 2020/2094 del 14 dicembre 2020, che istituisce uno strumento per la ripresa, a sostegno della ripresa dell'economia dopo la crisi Covid-19). Entrambi adottati con base giuridica l'art. 122 TFUE, scelto in generale dalle istituzioni quando è necessario fare interventi nel quadro della politica economica (e infatti l'art. 122 appartiene alle norme, artt. 120-126, sulla “Politica economica”, capo 1 del titolo VIII).

La norma si riferisce, invero, a due diverse fattispecie, ma spesso non vengono distinte e, come nel nostro caso, si invoca la norma nel suo com-

¹³ Cfr. il doc. COM (2025) 124def., del 19 marzo 2025. Per alcuni rilievi sulla proposta di SIU, acronimo di *Savings and Investments Union*, secondo cui verrebbe realizzata una progressiva connessione tra risparmio di cittadini europei e investimenti in aziende europee (il risparmio privato esistente in Europa verrebbe oggi, invece, collocato in Paesi stranieri), cfr. F. MUNARI, *op. cit.*, p. 13 ss.

plesso. Anche se, appunto, il par. 1 riguarda l'adozione di «misure adeguate alla situazione economica»: precisa la norma «in particolare quando sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia».

Il par. 2 riguarda, più specificamente, la concessione, «a determinate condizioni» di «un'assistenza finanziaria dell'Unione» a uno Stato che «si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo».

SAFE sembra determinato a porre rimedio, nel contempo, a carenze strutturali (art. 122, par. 1; le misure di assistenza sono adeguate) e a necessità emergenziali (art. 122, par. 2; le misure di assistenza sono temporanee). Esso è inquadrabile nel contesto di una politica economica che prevede la creazione di nuovo debito a sostegno di interventi pubblici effettuati dagli Stati, con preferenza per investimenti-appalti a favore dell'industria europea.

Il ricorso generico all'art. 122 consente di adottare una norma ibrida, che avrebbe dovuto o potuto fondarsi sulla base giuridica rilevante: nel nostro caso sulle norme, già ricordate, in materia di PSDC o in materia di politica industriale (art. 173, secondo cui l'Unione e gli Stati membri, posti sullo stesso piano, «provvedono affinché siano assicurate le condizioni necessarie alla competitività dell'industria dell'Unione»; la competenza dell'Unione è, *ex art. 6 TFUE*, lett. *b.* di sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri).

Il «vantaggio» è rappresentato dalla procedura semplificata, che consiste in una proposta della Commissione e una decisione del Consiglio, escludendo una qualunque partecipazione del Parlamento europeo. Proprio tale esclusione ha provocato una pesante reazione del PE che, anche a seguito della risoluzione della Commissione giuridica del 23 aprile 2025, ha prospettato un'impugnazione del regolamento. Il PE, istituzione che rappresenta i cittadini nel processo decisionale europeo, che dovrebbe essere fondato sulla democrazia rappresentativa, viene escluso in un contesto che non solo ha una significativa rilevanza economica-industriale, ma politica, per le conseguenze che i temi della difesa e della sicurezza hanno sulla sovranità degli Stati¹⁴¹⁴.

¹⁴ Si vedano in proposito i rilievi di E. DE CAPITANI, *Come ridurre il crescente deficit democratico della politica di difesa europea?*, in *EJ*, 2025, p. 140 ss. Sui problemi posti dal ricorso all'art. 122, A. MIGLIO, *Risorse europee per una difesa...europea?*, cit., p. 162 ss.

8. *Altri interventi finanziari. I principi di solidarietà e fiducia*

Quanto all'altro obiettivo ricordato, previsto dal Libro bianco, di consentire una rimodulazione o allentamento dei vincoli di bilancio nel Patto di stabilità e crescita, si osserva che non è prevista l'adozione di misure legislative, ma l'attivazione della clausola di salvaguardia nazionale contemplata nel nuovo Patto di stabilità e crescita (regolamento 2024/1263 del 29 aprile 2024, art. 26)¹⁵. Uno Stato può «deviare dal percorso della spesa netta stabilito dal Consiglio nel caso in cui circostanze eccezionali al di fuori del controllo dello Stato membro abbiano rilevanti ripercussioni sulle sue finanze pubbliche», ma a condizione che la «deviazione non comprometta la sostenibilità di bilancio nel medio termine». Un incremento delle spese per la difesa da parte di uno Stato è dunque possibile (deviazione per un periodo di quattro anni, prorogabile, a partire dal 2025). Derogando ai parametri relativi al rapporto fra debito pubblico e prodotto interno lordo (pari al 60%) e al rapporto fra disavanzo pubblico e prodotto interno lordo (pari al 3%). Anche in questo caso, come in quello del ricorso alla procedura di cui all'art. 122 TFUE, la flessibilità concessa ai bilanci nazionali è motivata da circostanze eccezionali, ma vi è da chiedersi, anche in questo caso, se di vera emergenza si tratti, o si tratti invece di circostanze o esigenze strutturali, considerato l'incremento di spesa previsto dalla Commissione (comunicato stampa del 4 marzo 2025) che ammonta a 650 milioni di euro (investimenti da parte degli Stati, nello spazio di quattro anni, pari a un punto e mezzo di prodotto interno lordo). Si tratta di una cifra considerevole che risponderebbe, appunto, a esigenze strutturali e che è rilevante comunque se si tiene conto della diversità di condizioni economiche degli Stati, soprattutto del diverso indebitamento, in generale, degli stessi, verificandosi casi in cui una deviazione non è prospettabile anche se è utile per migliorare la capacità di difesa. Ai 150 miliardi concedibili a prestiti agevolati, si aggiungono i 650 miliardi a debito del proprio bilancio, così raggiungendo la rilevante somma di 800 miliardi. La clausola di cui all'art. 26 viene utilizzata per consentire un utilizzo, come si è detto, fino all'1,5% del PIL dello Stato per investimenti nella difesa, il cui ammontare non verrà computato nelle norme fiscali UE.

Un incremento delle spese per la difesa è parimenti previsto in una pro-

¹⁵ Si tratta del regolamento relativo al coordinamento efficace delle politiche economiche e alla sorveglianza di bilancio multilaterale e che abroga il regolamento (CE) n. 1468/97 del Consiglio; la deviazione dal percorso della spesa *ex art. 26* è oggetto di una raccomandazione del Consiglio, che consente allo Stato la deviazione per un determinato periodo di tempo. Sul ricorso alla clausola da parte degli Stati cfr. i rilievi di E. DE CAPITANI, *op. cit.*, p. 140.

posta di regolamento che modifica la disciplina della politica di coesione (contenuta nel regolamento 2021/1058 del 24 giugno 2021 relativo al Fondo europeo di sviluppo regionale e al Fondo di coesione), consentendo una revisione degli obiettivi e, quindi, inserendo in questi la destinazione e l'utilizzazione di fondi a favore della difesa in generale e dell'industria della difesa in particolare¹⁶¹⁶.

I profili sopra esposti relativi agli investimenti che in nuovi orientamenti richiedono come necessari, portano a concludere che un “riarmo” non è possibile se mancano finanziamenti adeguati e coordinati e se manca un consenso a realizzare una politica industriale in materia. La difesa, in quanto tale, sembra un obiettivo mediato piuttosto che un protagonista, condizionato da circostanze variabili nel tempo e che lasciano, comunque, qualche incertezza nei rapporti con la Nato e che mettono in dubbio quello spirito di solidarietà che dovrebbe essere comune, e soprattutto fondamentale nei rapporti fra gli Stati membri. Come afferma il Libro bianco¹⁷¹⁷, l'Europa deve fare scelte coraggiose e costruire un'Unione di difesa che garantisca la pace attraverso l'unità e la forza, e ciò nei confronti dei cittadini europei, dei vincoli Nato, dell'Ucraina, dei valori che contraddistinguono i processi di integrazione¹⁸¹⁸. «L'UE e i suoi Stati membri» – si noti l'accostamento – «devono essere all'altezza di questa sfida storica».

La sfida era stata evocata sia nel rapporto Draghi sulla competitività nell'Unione (2024), sicurezza europea e difesa essendo pilastri per il futuro dell'Unione, e richiedendo un impegno dell'industria e di mezzi economici rilevanti, sia nel meno noto rapporto Niinistö (2024, già presidente della Repubblica finlandese), specificamente dedicato a come rafforzare la preparazione e la prontezza civile e militare in Europa: rapporti che hanno preceduto l'insediamento della Commissione europea (in carica dal 1° dicembre 2024) che ha visto nominato fra i suoi componenti, per la prima volta, un Commissario con competenza sulla difesa e sullo spazio¹⁹¹⁹, a conferma dell'impegno che la Commissione (e quindi l'Unione) hanno assunto in tema di difesa. Il regolamento SAFE, già ricordato, si inquadra in tale contesto, fondandosi su principi di solidarietà e fiducia fra gli Stati, senza i quali una

¹⁶ Cfr. il doc. COM (2025) 123 def., del 1° aprile 2025.

¹⁷ Cfr. il doc. cit., p. 28, anche per la citazione successiva.

¹⁸ Sui valori si permette di rinviare al nostro *Valori comuni ai Paesi membri dell'Unione europea e Stato di diritto*, in *OIDU*, 2023, p. 781 ss.

¹⁹ Cfr. per alcuni rilievi (e riferimenti) sui due rapporti (il titolo del primo rapporto è *The future of European competitiveness*, quello del secondo è *Safer Together: Strengthening Europe's Civilian and Military Preparedness and Readiness*), F. MUNARI, *op. cit.*, p. 2 ss.

politica di difesa non si può realizzare. Anche se, lo si ribadisce, a discapito di un equilibrio istituzionale che vede “sacrificato” il PE, a vantaggio di “misure eccezionali in tempi eccezionali” che vedono accrescere le capacità di difesa degli Stati membri e, quindi, dell’Unione²⁰.

²⁰ Cfr. le dichiarazioni della Presidente della Commissione von der Leyen, a proposito dell’approvazione di SAFE, strumento eccezionale, e primo grande programma d’investimento militare dell’Unione, in *L’Europa come non l’avete mai letta*, *News* del 27 maggio 2025.

Abstract (ita)

Il saggio analizza l'evoluzione del diritto dell'Unione europea in materia di politica di difesa, con particolare riferimento alla crescente rilevanza degli aiuti bellici, delle politiche industriali connesse alla difesa e del principio di solidarietà militare tra gli Stati membri. Dopo una ricostruzione storica che parte dal progetto fallito della Comunità europea di difesa e arriva fino alla PESCO e alla cooperazione con la Nato, si esamina la definizione progressiva della PSDC nel quadro della PESC. Centrale è l'analisi delle iniziative più recenti dell'UE, come il Libro Bianco 2025 sulla "prontezza" alla difesa europea e il regolamento SAFE (*Security Action for Europe*), che mira a finanziare l'industria europea della difesa attraverso strumenti di debito comuni. Particolare attenzione è riservata alla base giuridica adottata per il regolamento SAFE, fondata sull'art. 122 TFUE, che ha comportato l'esclusivo coinvolgimento del Consiglio e della Commissione, escludendo il Parlamento europeo dal processo decisionale. Vengono analizzate le criticità di tale scelta sotto il profilo dell'equilibrio istituzionale e del principio democratico, rilevando come il Parlamento – pur essendo l'organo rappresentativo dei cittadini – sia stato di fatto "sacrificato" in nome dell'urgenza geopolitica. Infine, si dà conto della minaccia da parte del Parlamento europeo di impugnare il regolamento dinanzi alla Corte di giustizia, evidenziando i rischi di una deriva intergovernativa e di una compressione delle garanzie democratiche in un ambito – quello della difesa – sempre più strategico e centrale per l'Unione.

Abstract (eng)

The essay explores the evolution of European Union law in the field of defence policy, with particular focus on the growing importance of military aid, defence-related industrial policies, and the principle of military solidarity among Member States. Following a historical overview – from the failed EDC project to the establishment of PESCO and cooperation with NATO – the analysis turns to the gradual definition of the CSDP within the framework of the CFSP. At the heart of the discussion are the EU's most recent initiatives, such as the 2025 White Paper on European defence "readiness" and the SAFE Regulation (*Security Action for Europe*), which aims to finance the European defence industry through common debt instruments. Particular attention is paid to the legal basis chosen for the SAFE Regulation, grounded in Article 122 TFEU, which led to the exclusive involvement

of the Council and the Commission, while excluding the European Parliament from the decision-making process. The essay highlights the critical implications of this choice in terms of institutional balance and democratic legitimacy, noting how the Parliament – despite being the representative body of EU citizens – has been effectively “sidelined” in the name of geopolitical urgency. Lastly, the paper addresses the European Parliament’s threat to challenge the regulation before the Court of Justice, underscoring the risks of an intergovernmental drift and the erosion of democratic safeguards in a policy area – defence – that is increasingly central and strategic for the Union.

BlogDUE

DOPO IL SENATO, ANCHE LA CAMERA APPROVA, CON ULTERIORI MODIFICHE, IL “DDL INTELLIGENZA ARTIFICIALE”: ACCOMPAGNAMENTO OD OSTACOLO AL REGOLAMENTO EUROPEO SULL’INTELLIGENZA ARTIFICIALE?

Giulia Agrati (Assegnista di ricerca di tipo “B”, Università degli Studi di Milano) – 28 luglio 2025

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le modifiche apportate dal Senato, in sede di approvazione del ddl, a valle del parere circostanziato della Commissione. – 3. Conclusioni.

1. Lo scorso 25 giugno 2025, la Camera ha approvato, con modifiche, il disegno di legge C. 2316 “*Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale*” (di seguito “ddl”). Il giorno seguente il ddl è stato trasmesso al Senato per la terza lettura e assegnato per l’esame alle Commissioni riunite VIII “ambiente, transizione ecologica, energia, lavori pubblici, comunicazioni, innovazione tecnologica” e X “affari sociali, sanità, lavoro pubblico e privato, previdenza sociale” (si precisa che il testo, oggi nuovamente in esame al Senato, ha ora l’identificativo: S. 1146-B).

L’iter legislativo è stato avviato, come noto, con iniziativa governativa n. 1066AS del 13 marzo 2024, giunta contestualmente all’approvazione in sede “comunitaria” del regolamento sull’intelligenza artificiale (regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024) (v. C. BURELLI, *Prime brevi considerazioni sul “ddl intelligenza artificiale”: incompatibilità o inopportunità?*, in questa *Rivista*, n. 2, 2024; A. PAJNO, *La governance dell’intelligenza artificiale tra regolamento europeo e disciplina nazionale*, in *ASTRID Rassegna*, n. 13, 2024).

Successivamente, in data 2 agosto 2024, nel rispetto della procedura di informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche, prevista dalla direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 settembre 2015, il ddl – e, in particolare, gli articoli 5 comma 1, lett. d) e 23 comma 1, lett. b) e c) del ddl, contenenti regole tecniche – è stato notificato dalle autorità italiane alla Commissione, la quale, in data 4 novembre 2024, si è espressa con parere circostanziato. Nel parere la Commissione ha segnalato alle autorità italiane alcuni profili di possibile contrasto tra il ddl e il diritto dell’Unione europea, con l’avvertimento che l’inosservanza, in fase di adozione del testo definitivo, dei rilievi formulati potrebbe comportare l’avvio di una procedura di infrazione nei confronti dell’Italia ai sensi dell’art.

258 TFUE (in proposito v. C. BURELLI, *Ancora sul “ddl intelligenza artificiale”: il parere circostanziato della Commissione europea ai sensi dell’art. 6, par. 2, comma 2 della direttiva (UE) 2015/1535*, in questa *Rivista*, n. 1, 2024).

Il ddl è stato approvato, con modifiche, in prima lettura dal Senato in data 20 marzo 2025 e, successivamente, trasmesso alla Camera per la seconda lettura; la Camera lo ha approvato, con modifiche, in data 25 giugno 2025 e ritrasmesso al Senato.

Nell’attesa dell’approvazione definitiva del disegno di legge, il presente contributo intende dare conto delle modifiche apportate da Senato e Camera al testo oggetto di iniziativa legislativa, anche a seguito dell’intervenuto parere circostanziato espresso dalla Commissione.

Da un primo esame del ddl nella sua attuale versione si nota, anzitutto, che il testo non si discosta significativamente da quello proposto dal Governo. In effetti, rispetto al regolamento comunitario sull’intelligenza artificiale, il quale consta di 113 articoli e prevede XII allegati, il ddl si presenta ancora come un atto molto snello che, dai 26 articoli originari, è passato ai 28 odierni per effetto delle modifiche apportate dal Senato; la Camera non ha invece inciso sulla struttura del ddl. Al di là dell’aggiunta di un ultimo articolo di coordinamento normativo (articolo 28 “Disposizioni finali”), sono stati infatti introdotti due soli nuovi articoli: l’attuale articolo 9, contenente “Disposizioni in materia di trattamento di dati personali” (poi rubricato dalla Camera “Trattamento dei dati personali per finalità di ricerca e sperimentazione”) e l’attuale articolo 16, rubricato “Delega al Governo in materia di dati, algoritmi e metodi matematici per l’addestramento di sistemi di intelligenza artificiale”, mentre viene eliminato unicamente l’articolo 23 “Identificazione dei contenuti testuali, fotografici, audiovisivi e radiofonici prodotti da sistemi di intelligenza artificiale” di cui meglio si dirà nel prosieguo (cfr. *infra*, par. 2).

In linea generale pare che i rilievi formulati dalla Commissione siano stati accolti e che, dunque, le (poche) modifiche al testo vadano ora nel senso di renderlo compatibile con il diritto dell’Unione.

È necessario tuttavia precisare che, oltre ad alcuni aspetti specifici del testo, nella sua attuale versione, – i quali, ad avviso di chi scrive, non paiono ancora essere pienamente in linea con il diritto dell’Unione (par. 2) – permangono comunque, e innanzitutto, dubbi circa la sovrapponibilità del ddl con il regolamento sull’intelligenza artificiale e, quindi, sulla legittimità e sull’opportunità di un siffatto intervento normativo a livello nazionale. In proposito si tornerà tuttavia in sede di conclusioni (par. 3).

2. A quanto emerge dall'allegato A del resoconto della seduta della Camera dell'11 novembre 2024, nel parere circostanziato la Commissione si è espressa sulla compatibilità con il diritto dell'Unione dei notificati articoli 5 comma 1, lett. d) e 23 comma 1, lett. b) e c) del ddl, rilevando in entrambi i casi profili di criticità.

L'articolo 5 detta “principi in materia di sviluppo economico” e, alla lett. d), nell'orientare l'operato delle amministrazioni pubbliche nella scelta dei fornitori di sistemi e modelli di intelligenza artificiale (dunque, in sostanza, nella stesura degli atti di gara), prevedeva che “(fossero) privilegiate quelle soluzioni che garanti(ssero) la localizzazione e l'elaborazione dei dati critici presso *data center* posti sul territorio nazionale (enfasi aggiunta)”. Come già segnalato in dottrina (v. C. BURELLI, *Ancora sul “ddl intelligenza artificiale”*, cit., n. 1, 2024, p. 4), due sarebbero stati i profili “censurati” dalla Commissione: l'indeterminatezza del termine “critico”, tendenzialmente in contrasto con l'esigenza di certezza del diritto, e “l'evidente *favor* nei confronti dei *data center* posti sul territorio nazionale”, in contrasto con, anzitutto, i principi di libera circolazione di cui ai Trattati “comunitari”.

In proposito, si deve rilevare che il testo è stato modificato dal Senato tramite il richiamo a “dati strategici” e non più a “dati critici”, mentre l'espressione “siano privilegiate” è stata sostituita da “possano essere privilegiate”. Pare dunque che il Senato abbia emendato il testo del ddl in un'ottica di maggiore compatibilità con il diritto comunitario. Per quanto concerne la seconda delle due modifiche apportate si deve però rilevare che, sebbene il Senato abbia così accentuato il carattere non vincolante dell'indicazione, sottolineando, con l'uso del verbo “potere”, l'assenza di un dovere in capo alle amministrazioni di escludere quei *data center* non posti sul territorio nazionale, in frontale contrasto con il diritto dell'Unione, pare ancora permanere una (neppure troppo “velata”) preferenza basata sul criterio della nazionalità. In effetti, l'uso del verbo “privilegiare” è comunque evocativo di un *favor*, che, nel caso di specie, non trova giustificazione: seppur veicolato in modo non vincolante, lo “spirito” della disposizione rischia infatti di essere quello di permettere, se non suggerire, alle amministrazioni una disparità di trattamento che non dovrebbe trovare spazio nel contesto dell'Unione europea. La Camera ha approvato la norma nella versione proposta dal Senato.

Passando all'articolo 23 comma 1 del ddl, con cui vengono apportate modifiche al Testo unico dei servizi media audiovisivi (d.lgs. 8 novembre 2021 n. 208), si rammenti che, in dottrina (v. C. BURELLI, *Ancora sul “ddl intelligenza artificiale”*, cit., p. 3), la Commissione aveva rilevato la potenziale incompatibilità delle lettere b) e c) in ragione della stretta sovrapponibilità

delle disposizioni in esse contenute con quanto previsto all'articolo 50 commi 1, 2 e 4 del regolamento sull'intelligenza artificiale.

In base al *principio della diretta applicabilità*, non sarebbe infatti consentito agli Stati membri adottare misure di recepimento di disposizioni direttamente applicabili di matrice "comunitaria" (tale principio è stato così declinato a partire dalla sentenza della Corte del 10 ottobre 1973, causa 34/73, *F.lli Variola*). Sempre in base al medesimo principio, sarebbero tuttalpiù ammissibili misure di attuazione del regolamento ma a condizione che queste ultime (i) non ostacolino la diretta applicabilità del regolamento stesso, (ii) non dissimulino la natura della disciplina quale comunitaria e, infine, (iii) siano tali da precisare l'esercizio del margine discrezionale ad esse eventualmente conferito dal regolamento, rimanendo nei limiti di quest'ultimo. Ebbene, anche in tale ottica, non paiono ammissibili misure nazionali che, come nel caso di specie, siano più restrittive di quella "comunitaria", le quali potrebbero comportare ipotesi illegittime di cd. *gold-plating* (v. C. BURELLI, *Il gold-plating e l'armonizzazione "spontanea", due tecniche legislative a confronto*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2022).

In particolare, l'articolo 23, comma 1, lett. b) richiedeva, per l'identificazione dei contenuti audiovisivi e radiofonici prodotti, modificati o comunque alterati da sistemi di intelligenza artificiale, l'inserimento, all'inizio e alla fine della trasmissione, di "un elemento o segno identificativo, anche in filigrana o marcatura incorporata purché chiaramente visibile e riconoscibile, con l'acronimo "IA" (enfasi aggiunta)" o, nel caso di contenuti audio, di "annunci audio o [...] tecnologie adatte a consentire il riconoscimento". L'articolo 50 del regolamento sull'intelligenza artificiale si limita invece a disporre che "i fornitori garantiscono che i sistemi di IA destinati a interagire direttamente con le persone fisiche sono progettati e sviluppati in modo tale che le persone fisiche interessate siano informate del fatto di stare interagendo con un sistema di IA (enfasi aggiunta)" (comma 1), "i fornitori di sistemi di IA [...] garantiscono che gli *output* del sistema di IA siano [...] rilevabili come generati o manipolati artificialmente (enfasi aggiunta)" (comma 2) e, infine, che "i *deployer* di un sistema di intelligenza artificiale rendono noto che il contenuto è stato generato o manipolato artificialmente (enfasi aggiunta)" (comma 4). Le difformità evidenziate potrebbero quindi prestare il fianco a censure di non conformità dell'articolo 23, comma 1, lett. b) del ddl con il regolamento sull'intelligenza artificiale, suggerendone l'eliminazione.

Simili considerazioni sono state svolte con riferimento a quanto previsto dalla successiva lett. c) del citato articolo 23 comma 1 del ddl, che introduceva anch'essa modifiche al Testo unico dei servizi media audiovisivi imponen-

do obblighi più stringenti rispetto a quanto disposto dal diritto dell’Unione.

Ebbene, a seguito del parere circostanziato della Commissione, il Senato ha optato per eliminare del tutto l’articolo 23 dal ddl: tale intervento è senza dubbio il più significato apportato dal Senato e, d’altronde, come rilevato in dottrina (v. C. BURELLI, *Ancora sul “ddl intelligenza artificiale”*, cit., p. 4), anche quello maggiormente necessario per ricondurre, quantomeno a grandi linee, il ddl a compatibilità con il diritto comunitario.

Al netto delle descritte modifiche alle regole tecniche, il ddl presenta una serie di ulteriori emendamenti rispetto alla versione notificata alla Commissione, anch’essi apportati in un’ottica di una maggiore compatibilità del testo con il diritto dell’Unione.

Il primo, e più importante, emendamento approvato dal Senato concerne l’articolo 2 del ddl che forniva, alla lett. c), una definizione di “modelli di intelligenza artificiale” più ampia rispetto alla nozione “comunitaria” contenuta all’articolo 3 n. 63 del regolamento sull’intelligenza artificiale; difformità che, coinvolgendo una “definizione essenziale” ai fini della disciplina di specie, si rifletteva sull’ambito di applicazione materiale dei due testi normativi, con particolari criticità anche dal punto di vista pratico. Ebbene, questa “ambiguità giuridica” pare sia stata efficacemente eliminata dal Senato: l’attuale versione dell’articolo 2 del ddl, rimasta invariata a seguito della lettura da parte della Camera, rimanda infatti espressamente e in via incondizionata al regolamento comunitario per la definizione di modelli e sistemi di intelligenza artificiale (lettere a) e c)), oltre che “per (tutto) quanto non espressamente previsto” dal ddl medesimo. In merito, si rammenti tuttavia che il regolamento, anche qualora non sia autosufficiente dal punto di vista operativo, non contempla alcun atto di trasposizione – ma, semmai, di attuazione – e deve essere applicato direttamente e immediatamente dalle autorità nazionali. Ebbene, nel caso di specie, l’applicazione del regolamento sull’intelligenza artificiale rischia di essere pregiudicata proprio dal rinvio esterno di cui all’articolo 2 del ddl, che potrebbe confondere i destinatari dell’atto e indurli all’applicazione della normativa “comunitaria” soltanto “per quanto non espressamente previsto” a livello nazionale. Parimenti al (vecchio) articolo 23 del ddl, anche l’articolo 2 in questione avrebbe potuto essere eliminato in sede di approvazione da parte del Senato.

Come la versione originale del ddl, anche quella attuale contiene poi, al Capo II, una serie di disposizioni di settore, che precisano le modalità d’uso dell’intelligenza artificiale in diversi ambiti (sanitario, lavoro, pubblica amministrazione, attività giudiziale).

Tali disposizioni si pongono, fin da un primo sguardo, in contrasto con

la *natura orizzontale* del regolamento in questione che, salvo specifiche eccezioni, risulta applicabile a tutti i sistemi di intelligenza artificiale, indipendentemente dalle singole specificità settoriali. Ad ogni modo, in via del tutto prevedibile, né il Senato né la Camera sono intervenuti sul punto ma hanno entrambi scelto di mantenere, anche in sede di approvazione del testo, la struttura del Capo II: diversamente avrebbero infatti dovuto mettere in discussione la legittimità e l'opportunità dell'intervento nazionale in quanto tale, avente proprio lo scopo di "accompagnare" il regolamento sull'intelligenza artificiale nei settori specifici del diritto interno in Italia (sul punto cfr. *infra* § 3).

Oggetto di riforma sono invece state le disposizioni di cui all'articolo 7 comma 3 e agli articoli 12 e 14 del ddl.

Con riferimento all'articolo 7, rubricato "Uso dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario e di disabilità", si noti che, nella versione originaria del comma 3, parevano venir codificati, in via potenzialmente illegittima, degli obblighi informativi molto più stringenti di quelli previsti dall'Unione europea nel regolamento sull'intelligenza artificiale. La nuova versione della norma, per effetto dell'intervento del Senato, prevede, invece, ora il diritto dell'interessato "di essere informato sull'impiego di tecnologie di intelligenza artificiale", senza più alcun riferimento all'informativa circa i vantaggi, diagnostici e terapeutici, derivanti dall'utilizzo di nuove tecnologie e circa la logica decisionale utilizzata.

Anche gli articoli 12 e 14 del ddl, nell'originaria versione sottoposta al vaglio della Commissione, apparivano come più "restrittivi" rispetto a quanto previsto a livello comunitario, ponendo dei limiti all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale, rispettivamente nelle professioni intellettuali (art. 12) e nell'attività giudiziaria (art. 14), a prescindere dal fatto che si trattasse o meno di sistemi qualificati come "ad alto rischio". Come noto, infatti, il regolamento sull'intelligenza artificiale è invece espressione di un *approccio basato sul rischio*, in ragione del quale, al di là dei generali obblighi di trasparenza, vengono imposti obblighi specifici soltanto a quei sistemi di intelligenza artificiale qualificati come "ad alto rischio" dal regolamento stesso.

Ebbene, in entrambi i casi le disposizioni del ddl paiono essere state modificate dal Senato in termini tendenzialmente più permissivi. L'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale nelle professioni intellettuali passa infatti dall'essere "consentito per (enfasi aggiunta)" all'essere "finalizzato al (enfasi aggiunta)" solo esercizio di attività strumentali e di supporto all'attività professionale. Parimenti, circa l'attività giudiziaria, se originariamente il ddl permetteva l'uso di sistemi di intelligenza artificiale "esclusivamente

per l'organizzazione e la semplificazione del lavoro giudiziario, nonché per la ricerca giurisprudenziale e dottrinale (enfasi aggiunta)”, a valle delle modifiche apportate dal Senato, la previsione è ora più generica e stabilisce che, nei casi di utilizzo di siffatti sistemi, “è sempre riservata al magistrato ogni decisione sull'interpretazione e sull'applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull'adozione dei provvedimenti” (v. per un approfondimento in merito C. CASTELLI, *Le disposizioni sulla giustizia del ddl sull'intelligenza artificiale approvato dal Senato: un'ottica conservativa*, in *Giustizia insieme*, 30 aprile 2025).

3. A valle delle considerazioni espresse circa la bontà delle modifiche apportate in sede di approvazione del ddl, residuano le criticità, già evidenziate in dottrina, circa la legittimità e l'opportunità del ddl quale strumento di “accompagnamento” al regolamento sull'intelligenza artificiale (v. C. BURELLI, *Prime brevi considerazioni sul “ddl intelligenza artificiale”*, cit.).

Posta, infatti, la precisa scelta normativa delle istituzioni europee circa l'impiego del regolamento per disciplinare e, quindi, *unificare* negli ordinamenti nazionali, l'utilizzo di sistemi e modelli d'intelligenza artificiale, non si comprende appieno quale sia il senso e la finalità di una siffatta normativa nazionale.

Pacifico è infatti, che, in presenza di regolamenti, l'attività normativa nazionale possa solo limitarsi ad applicare, ossia a rendere concretamente operativo, il testo comunitario. Difficile è quindi comprendere come potesse essere applicato un testo che, all'inizio dell'*iter* legislativo per l'adozione della normativa nazionale, non era ancora stato adottato dalle istituzioni dell'Unione (si rammenti in proposito che l'iniziativa governativa è stata esercitata ancor prima che il regolamento sull'intelligenza artificiale potesse essere approvato dal Consiglio dell'Unione europea).

Inoltre, sebbene, attualmente, le tempistiche di adozione dei due atti – comunitario e nazionale – si siano “riallineate” allo schema previsto dai Trattati (che, per logica, vuole prima l'adozione del regolamento e, poi, delle misure nazionali di applicazione del medesimo), deve tenersi in considerazione che il regolamento richiede una significativa attività di implementazione, affidandosi in gran parte all'attività esecutiva della Commissione, prioritaria (in quanto volta a dettare condizioni uniformi di esecuzione) rispetto a quella degli Stati membri; attività che, tuttavia, allo stato, non è ancora stata esercitata in sede “comunitaria”. Ci si chiede, pertanto, quale utilità pratica possa avere un atto nazionale adottato con tale anticipo e come possa “resistere” alla successiva implementazione del regolamento a livello comu-

nitario. Il rischio, evidente, è che la normativa nazionale nasca “già vecchia” e quindi incompatibile con quella adottata e applicata (successivamente) dall’Unione europea.

Per altro, nella sua attuale conformazione, il ddl non pare neppure avere le caratteristiche di un atto applicativo: è un atto molto snello, che difetta di indicazioni tecniche e operative ma, anzi, sembra più che altro dettare “principi” in materia di intelligenza artificiale, tendenzialmente ricalcando una parte del contenuto del regolamento sull’intelligenza artificiale.

Il timore, in conclusione, è quello di generare incertezza giuridica e, tramite la descritta, confusa, stratificazione di norme, giungere a frammentare, invece che unificare (o, quantomeno, armonizzare), il mercato interno, con pregiudizio di quegli stessi diritti che il regolamento comunitario mirava proprio a tutelare. In effetti, una siffatta concomitanza di norme applicabili alla medesima fattispecie, in assenza di opportuno dialogo e coordinamento in fase di redazione, non può che comportare il rischio di un contrasto tra quelle stesse norme e, conseguentemente, generare confusione negli operatori del diritto. Il rischio si acuisce se si considera che saranno gli operatori amministrativi i primi a dover garantire l’applicazione della disciplina sull’intelligenza artificiale, i quali, privi di una qualsiasi possibilità di confronto con il giudice dell’Unione, si troveranno a dover “dirimere” il contrasto in autonomia. L’esito prevedibile è pertanto quello di un’applicazione in via prioritaria della normativa italiana – più immediata e “vicina” all’ordinamento nazionale – seppur eventualmente incompatibile con il diritto comunitario; situazione alla quale si potrà porre rimedio soltanto per via contenziosa (con i rispettivi costi e lungaggini processuali che militano a sfavore dell’efficacia del diritto dell’Unione).

Anche a valle delle modifiche apportate dal Senato e dalla Camera, inoltre, il timore di un futuro avvio di una procedura d’infrazione non pare essere stato fugato.

Abstract (ita)

Dopo l’approvazione del Senato, giunta in primavera, il 25 giugno 2025 anche la Camera ha approvato, con modifiche, il “ddl intelligenza artificiale” (disegno legge C. 2316). Il testo è stato, quindi, nuovamente trasmesso al Senato per la terza lettura (dove ha ora l’identificativo S. 1146-B). Il presente contributo ripercorre il percorso legislativo del ddl in parola, esaminando, in particolare, la compatibilità del nuovo testo con il diritto dell’Unione europea, anche a valle del parere circostanziato offerto dalla Commissione lo scorso 4 novembre 2024. Considerata la recente approvazione del regolamento europeo sull’intelligenza artificiale, oltre a un’analisi circa la legittimità del ddl, il lavoro si propone di offrire qualche riflessione anche in termini di opportunità della misura nazionale.

Abstract (eng)

After the Senate passed the Italian draft law on the artificial intelligence, on June 25, 2025, the Chamber of Deputies also approved it, with amendments (C. 2316). The text was then sent back to the Senate for a third reading, where it now carries the identifier S. 1146-B. This article traces the legislative path of the Italian draft law, examining the compatibility of the amended text with EU law, also considering the opinion issued by the European Commission on November 4, 2024. Given the recent European regulation on artificial intelligence, this paper not only analyzes the legitimacy of the draft law, but also offers some reflections on the appropriateness of the national measure.

LA CORTE DI CASSAZIONE TORNA SULLA NATURA “MOBILE”
DEL RINVIO *EX ART. 3*, SECONDO COMMA, DELLA LEGGE N. 218
DEL 1995

Federico Ceci (Assegnista di ricerca in diritto dell’Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”)
– 25 giugno 2025

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La ricostruzione fattuale. – 3. La pronuncia della Corte di cassazione. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Con ordinanza n. 29569, depositata il 18 novembre 2024, la Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, si è espressa nuovamente in ordine al rapporto tra i criteri di giurisdizione previsti dalla legge n. 218 del 1995 e quelli stabiliti dal regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, c.d. Bruxelles I-*bis*.

In particolare, la Corte è tornata a chiarire la natura mobile del rinvio operato, con riferimento alla giurisdizione dei giudici italiani nei confronti di soggetti non domiciliati in uno Stato membro dell’Unione, dall’art. 3, comma 2, della legge n. 218 del 1995 alla Convenzione di Bruxelles, del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (di seguito, anche, la “Convenzione di Bruxelles”), successivamente sostituita dal regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, c.d. Bruxelles I e, da ultimo, dal regolamento Bruxelles I-*bis*.

La pronuncia in parola presenta profili di interesse che si rinvencono, per un verso, nella predetta precisazione relativa alla portata del rinvio operato dalla legge italiana e, per altro verso, nella trattazione del rapporto di garanzia nell’ambito della normativa internazionale privatistica dell’Unione europea.

Con il presente contributo, pertanto, dopo aver ricostruito il contesto fattuale da cui l’ordinanza ha avuto origine, si intende offrire un’analisi dei citati aspetti, nel tentativo di trarne alcune valutazioni critiche.

2. Anzitutto, occorre evidenziare come la questione di giurisdizione sia insorta in un giudizio risarcitorio avente elementi di estraneità rispetto all’ordinamento italiano. In particolare, il caso deriva da un incidente occorso nel

2013, in Namibia, durante un safari incluso in un pacchetto turistico acquistato in Italia. I due turisti italiani coinvolti hanno convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Milano la società italiana organizzatrice del viaggio, ottenendone la condanna al risarcimento dei danni subiti. La medesima impresa italiana, a sua volta, ha chiamato in giudizio – nel medesimo procedimento – la società namibiana prestatrice locale del servizio safari, richiedendo di essere da questa tenuta indenne rispetto alle pretese risarcitorie degli attori. Tale impresa, terza chiamata in causa, ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice italiano, sostenendo che, non essendo essa domiciliata in uno Stato membro dell'Unione, la controversia nei suoi confronti dovesse essere radicata altrove. Sia il Tribunale, che, successivamente, la Corte di appello di Milano hanno respinto l'eccezione formulata dalla società namibiana, affermando la giurisdizione italiana anche sulla domanda di garanzia proposta dalla convenuta, in virtù dei criteri di collegamento previsti dalla normativa italiana e dell'Unione. Tanto, da una parte, in ragione di quanto disposto dall'art. 6, n. 2, del regolamento Bruxelles I – applicabile *ratione temporis* alla vicenda – il quale prevede che, qualora si tratti di chiamata in garanzia o altra chiamata di terzo, un soggetto domiciliato nel territorio di uno Stato membro possa essere convenuto davanti al giudice presso il quale è stata proposta la domanda principale, sempre che quest'ultima non sia stata formulata solo per distogliere colui che è stato chiamato in causa dal suo giudice naturale. Dall'altra parte, poiché, nel caso concreto – non esistendo una convenzione internazionale con lo Stato namibiano – i criteri attributivi della giurisdizione devono essere valutati ai sensi dell'art. 3 della legge n. 218 del 1995 e, segnatamente, dal secondo comma dello stesso articolo, dove è stabilito che sussiste la giurisdizione italiana non solo nel caso in cui soggetto convenuto ha la residenza o rappresentanza in Italia, ma anche allorché non sia domiciliato nel territorio di uno Stato parte della Convenzione di Bruxelles, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione di quest'ultima, come integrata dai successivi regolamenti.

La società namibiana ha impugnato la sentenza della Corte di appello proprio nella parte in cui quest'ultima ha affermato la giurisdizione italiana, sostenendo che l'interpretazione fornita dell'art. 3 della legge n. 218 del 1995 fosse in contrasto con la normativa dell'Unione oggi vigente e con i principi alla stessa applicabili, anche in considerazione della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia.

3. Investite del ricorso della società straniera, le Sezioni Unite hanno invece confermato la soluzione offerta dalla Corte di appello, enunciando

un principio di diritto di particolare rilievo in materia di giurisdizione nei confronti di soggetti non domiciliati in uno Stato membro.

Invero, la Corte di cassazione ha riaffermato la natura mobile del rinvio *ex art. 3*, comma 2, della legge n. 218 del 1995 e stabilito che, in caso di controversia su materie già comprese nel campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles, ove il convenuto non sia domiciliato in uno Stato membro dell'Unione, la giurisdizione italiana sussiste in base ai criteri stabiliti dal regolamento Bruxelles I-*bis*, che ha sostituito il regolamento Bruxelles I, a sua volta sostitutivo della citata Convenzione. Tale conclusione appare significativa poiché ha definitivamente superato il passato e prevalente orientamento con cui la stessa Corte aveva affermato che il rinvio operato dalla legge n. 218 del 1995, art. 3, comma 2, attenesse esclusivamente alla Convenzione di Bruxelles e non si estendesse al regolamento Bruxelles I, non potendosi ritenere che la Convenzione fosse stata sostituita e quindi implicitamente abrogata dal sopravvenuto regolamento: secondo la precedente interpretazione, dunque, la citata Convenzione avrebbe dovuto continuare ad operare relativamente ai rapporti con soggetti non domiciliati in uno degli Stati membri (cfr. Cass. civ. 12 giugno 2019, n. 15748; Cass. civ. 13 settembre 2023, n. 26422).

Procedendo con ordine, i giudici di Roma hanno, anzitutto, ricordato che, qualora la Corte di cassazione sia chiamata a risolvere una questione di giurisdizione, la stessa si esprime *ex art. 382*, comma 1, del Codice di Procedura Civile, ovvero sia indicando – in base al criterio del c.d. *petitum* sostanziale, da identificarsi in funzione della *causa petendi* e, dunque, in base ai fatti allegati dall'attore – il giudice fornito di potere giurisdizionale in relazione a quella specifica controversia.

Entrando nel merito della vicenda, come anticipato, la Corte ha poi osservato che l'art. 3, comma 2, della legge n. 218 del 1995, prevede che la giurisdizione italiana sussista in base ai criteri stabiliti dalle sezioni II, III e IV del titolo II della Convenzione di Bruxelles, e successive modificazioni in vigore per l'Italia, anche qualora il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, a condizione che si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione.

A tal riguardo, ci sembra tuttavia opportuno fornire due precisazioni.

Anzitutto, è il caso di evidenziare come il citato art. 3 stabilisca due distinte ipotesi di rinvio. In particolare, dopo la previsione del primo comma concernente il criterio di collegamento costituito dal domicilio o dalla residenza del convenuto, la disposizione in parola, detta, al secondo comma, due disposizioni di rinvio ad altre norme regolatrici della competenza,

relative, rispettivamente, alle materie comprese o escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles. Per quelle incluse, come pocanzi osservato, vigono anche le disposizioni di competenza giurisdizionale della Convenzione, pure quando il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente: pertanto, il rinvio di cui all'art. 3 della legge della riforma ai predetti criteri supera l'ambito di efficacia personale della stessa Convenzione e delle successive normative dell'Unione (sul punto, si veda N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 108 ss.). Per le materie non ricomprese nel perimetro di applicazione, la giurisdizione sussiste, invece, in base alle regole di competenza per territorio dettate dal codice di rito italiano negli artt. 18-27 (per una posizione critica rispetto a tale ultima previsione, si veda F. POCAR, *Criteri di giurisdizione nei confronti di convenuti domiciliati in Stati non membri dell'Unione europea e urgenza di una riforma*, in C. CAMPIGLIO (a cura di), *Un nuovo diritto internazionale privato*, Milano, 2019, p. 3 ss.)

La seconda precisazione riguarda, poi, proprio la definizione di materie escluse. Invero, le stesse sono indicate dall'art. 1 della Convenzione di Bruxelles, da qualificarsi come norma di stretta interpretazione, cui corrisponde la previsione di cui all'art. 1 del regolamento Bruxelles I-*bis*, che ha però ampliato la medesima elencazione (per un'analisi dell'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento, si veda F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2024, p. 81 ss.).

Tornando alla pronuncia della Corte di cassazione, essa, avendo appurato che la questione rientrava certamente tra le materie comprese nell'ambito di applicazione della Convenzione, ha poi evidenziato che l'art. 6, n. 2, di quest'ultima prevede che il convenuto possa essere citato davanti al giudice presso il quale è stata proposta la domanda principale, qualora si tratti di un'azione di garanzia o di una chiamata di un terzo nel processo, sempreché quest'ultima non sia stata avanzata per distogliere il convenuto dal giudice naturale del medesimo.

Peraltro, i giudici hanno osservato, che, esattamente come la Convenzione di Bruxelles, anche il regolamento Bruxelles I, all'art. 6, n. 2, e il regolamento Bruxelles I-*bis*, all'art. 8, n. 2, dispongono la medesima previsione relativa alla possibilità di convenire il terzo chiamato in causa o in garanzia dinanzi all'autorità giurisdizionale dove è stata proposta la domanda principale, sempre a condizione che quest'ultima non sia stata presentata per distrarre il terzo dal suo giudice naturale.

In questo senso, con un'altra recente pronuncia concernente la materia qui analizzata, la Corte di cassazione ha altresì sottolineato come i testi in

francese, tedesco e olandese dell’art. 6, n. 2, della Convenzione siano stati riproposti, con identica formulazione, anche nei regolamenti Bruxelles I e Bruxelles I-*bis* (Cass. civ. 8 gennaio 2024, n. 613).

A tal riguardo, per mera completezza di analisi, pare il caso di rammentare che l’applicabilità dei regolamenti Bruxelles I e I-*bis* – nel caso di specie, rispettivamente, dei citati artt. 6, n. 2, e 8, n. 2, degli stessi – in luogo della normativa dettata dalla Convenzione di Bruxelles è il precipitato pratico di quanto disposto dagli artt. 68 e 80 del regolamento Bruxelles I-*bis*, che, rispettivamente, prevedono che la medesima normativa, da una parte, sostituisca tra gli Stati membri le disposizioni della Convenzione di Bruxelles, salvo per quanto riguarda i territori Paesi che rientrano nell’ambito di applicazione territoriale di tale convenzione e che sono esclusi dal regolamento ai sensi dell’articolo 355 TFUE e, dall’altra parte, abroghi il regolamento Bruxelles I.

A questo si aggiunga l’ormai consolidato principio in virtù del quale l’interpretazione fornita dalla Corte di giustizia con riferimento alle disposizioni della Convenzione di Bruxelles vale anche per quelle del regolamento Bruxelles I e Bruxelles I-*bis*, quando queste ultime possono essere qualificate come equivalenti (sentenza della Corte del 21 maggio 2015, causa C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, punto 60).

In ragione di quanto evidenziato, la Corte di cassazione ha riaffermato la natura mobile del rinvio operato dall’art. 3, comma 2, della legge n. 218 del 1995 ai criteri stabiliti dalla Convenzione di Bruxelles, successivamente sostituiti da quelli previsti dai regolamenti Bruxelles I e I-*bis* e, di conseguenza, sostenuto che, nei casi di controversie concernenti materie ricomprese nell’ambito di applicazione di tali atti, la giurisdizione italiana sussiste in base ai citati criteri anche ove il convenuto non sia domiciliato in uno Stato membro. In particolare, il giudice italiano può conoscere anche della domanda di manleva o garanzia proposta dal convenuto all’interno del giudizio già pendente avanti a sé, attirando così il terzo extra-UE nella giurisdizione italiana in virtù del collegamento con la domanda principale. Tale attrazione di giurisdizione è, tuttavia, subordinata ad un limite, ossia l’assenza di intenti meramente pretestuosi o fraudolenti nella chiamata del terzo: in altri termini, il giudice deve assicurarsi che la domanda principale non sia stata promossa artificiosamente al solo scopo di sottrarre il terzo al suo foro naturale.

Al di fuori di questa limitazione – che, come osservato, rispecchia una condizione espressa già nella disciplina convenzionale originaria – la concentrazione delle liti connesse dinanzi al giudice del merito risulta piena-

mente conforme ai principi dell'ordinamento internazionale e dell'Unione.

Tale conclusione, invero, è stata sostenuta sulla base di un'interpretazione, da una parte, meramente letterale e, dall'altra parte, teleologica.

Quanto alla prima, è stata, anzitutto, valorizzata la dimensione dinamica del pocanzi citato art. 68 dei due regolamenti dell'Unione, in virtù del quale questi ultimi hanno, per gli Stati membri, efficacia sostitutiva della Convenzione. Inoltre, i giudici hanno evidenziato il tenore del medesimo art. 3, comma 2, della legge italiana, che, nel rinviare ai criteri della Convenzione, fa effettivamente riferimento alle “successive modificazioni in vigore per l'Italia”.

Per altro verso, e con riguardo all'interpretazione teleologica, la Corte di cassazione ha osservato come il legislatore italiano del 1995 abbia operato una “nazionalizzazione” della Convenzione di Bruxelles, estendendone l'ambito di applicazione indiretto, per esigenze di uniformità di disciplina e di certezza del diritto (sull'estensione dell'ambito di applicazione del regolamento in vigore, si veda G. BIAGIONI, *Le potenzialità espansive del Regolamento Bruxelles I bis*, in P. IVALDI, F. MUNARI, I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE LORENZO, C. TUO (a cura di), *Verso il completamento dello spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Padova, 2025, p. 203 ss.). Dunque, attraverso l'adozione di tale indirizzo nella pronuncia in commento, i giudici hanno dato “attuazione ad un processo comunitario di uniformazione del diritto internazionale privato sia per le controversie intracomunitarie che per le controversie denotanti elementi di estraneità rispetto all'Unione, perché collegate a Stati terzi”. Una diversa soluzione, secondo l'impostazione della Corte di cassazione, sarebbe risultata contraria alla volontà del legislatore del 1995 e, in particolare, dalla stessa si sarebbe evinto che la sostituzione della Convenzione di Bruxelles con uno strumento di diritto dell'Unione europea – espressione di una più forte armonizzazione del diritto internazionale privato europeo – comporti paradossalmente il venir meno dell'uniformità normativa perseguita con la riforma italiana di diritto internazionale privato.

Questi i termini della prima, parziale, conclusione raggiunta.

La Corte di cassazione ha poi chiarito due ulteriori aspetti conseguenti: da una parte, l'irrelevanza della distinzione tra garanzia propria o impropria fatta valere nei confronti del terzo e, dall'altra parte, la necessità che la stessa venga però esercitata – ai fini dell'operatività del criterio di giurisdizione in parola – nell'ambito del giudizio per la domanda principale.

Con riguardo al primo profilo, è il caso di rammentare la differenziazione in virtù della quale si tratta di garanzia propria qualora ricorra una con-

nessione oggettiva tra i titoli della domanda principale e di quella accessoria o le medesime abbiano lo stesso titolo; mentre sussiste garanzia impropria qualora la domanda del terzo si basi su un titolo connesso al rapporto principale solo in via occasionale o di fatto e, in ogni caso, diverso da quello dedotto con la domanda principale. A tal proposito, come anticipato, i giudici hanno specificato che – al fine di determinare la sussistenza di giurisdizione nei confronti del garante convenuto residente o domiciliato in un Paese terzo – non assume rilevanza tale distinzione, giacché l’indagine deve riguardare il mero accertamento della non pretestuosità della chiamata in causa (per il precedente orientamento della medesima Corte, che invece valorizzava tale distinzione con esclusione dell’operatività del rinvio in caso di garanzia impropria, Cass. civ. 15 marzo 2007, n. 5978; per un commento in materia, con specifico riferimento all’art. 6, n. 2, del regolamento Bruxelles I, si veda F. C. VILLATA, *Bruxelles I e Bruxelles I-Bis*, in S. BARIATTI, I, VIARENGO, F. C. VILLATA (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile e commerciale e di famiglia*, Milano, 2016, p. 44 ss.). Pertanto, alla luce di tale principio, ci sembra possa ritenersi che, affinché il rinvio mobile di cui all’art. 3, comma 2, della legge n. 218 del 1995 alla Convenzione di Bruxelles e ai successivi regolamenti possa applicarsi anche a convenuti stranieri, è sufficiente che venga azionata nei confronti di questi ultimi una pretesa fondata su un generico rapporto di garanzia, sussistente in tutte le ipotesi in cui, per legge o per contratto, un soggetto richieda di essere tenuto indenne da altro soggetto in ordine alle perdite patrimoniali derivanti dall’accoglimento della domanda contro di lui proposta da un terzo (su tale qualificazione, Cass. civ. 4 febbraio 2025, n. 24707).

Tuttavia – e passando al secondo chiarimento offerto dalla Corte di cassazione – quest’ultima ha altresì precisato un’ulteriore condizione di operatività del rinvio in parola. In particolare, è stato affermato che, qualora la domanda di garanzia sia stata avanzata in via autonoma, invece che nell’ambito dello stesso procedimento relativo alla domanda principale, per la medesima domanda non potrà sussistere la giurisdizione italiana in virtù di quanto disposto dall’art. 8, n. 2, del regolamento Bruxelles I-bis, cui rinvia l’art. 3 comma 2, della legge n. 218 del 1995.

A ben vedere, tale questione era stata precedentemente affrontata in maniera più dettagliata da una precedente pronuncia dei giudici di Roma, i quali erano giunti a tale conclusione grazie ad un’interpretazione letterale e sistematica del citato art. 8, n. 2, del regolamento Bruxelles I-bis (sul punto, si veda la già citata Cass. civ. 8 gennaio 2024, n. 613). Sotto il primo profilo, la Corte di cassazione ha evidenziato come, nell’ambito della predetta nor-

ma, l'utilizzo del termine "chiamata" e il successivo riferimento ad "altra chiamata di terzo" rispetto alla "chiamata in garanzia" riconduce entrambe le ipotesi all'intervento nel processo nel quale è stata proposta la domanda principale. Di conseguenza, vi è una parificazione tra le due chiamate e – atteso che quella del terzo si ha esclusivamente nello stesso processo della domanda principale – la necessità del c.d. *simultaneus processus* è richiesta anche per la chiamata in garanzia.

Tale conclusione trova riscontro – come peraltro notato nella pronuncia in commento – anche nell'orientamento espresso, a più riprese, in materia dalla Corte di giustizia. In particolare, la giurisprudenza di quest'ultima – pronunciatasi, prima, in ordine all'interpretazione della disposizione contenuta nella Convenzione di Bruxelles (sentenza della Corte del 15 maggio 1990, causa 365/88, *Hagen*, punti 18-21) e, successivamente, in quella trasposta nei regolamenti Bruxelles I e Bruxelles I-bis (sentenza della Corte del 21 gennaio 2016, causa C-521/14, *Sovag*, punti 32-47; sentenza della Corte del 10 marzo 2022, causa C-498/20, *ZK*, punti 44-48) – ha statuito che la chiamata in garanzia è istituto processuale omologo alla chiamata di terzo nel medesimo procedimento nel quale è stata proposta la domanda principale e che la deroga alla competenza generale del foro del domicilio del convenuto – la quale impone, di per sé, una interpretazione restrittiva delle regole di competenza speciale – si giustifica proprio in funzione dello stretto collegamento tra le due domande che deve decidere il medesimo giudice e ciò al fine di evitare contrasti di giudicati. Nella prospettiva di tale orientamento, la deroga in parola deve consentire, da una parte, un funzionamento armonioso della giustizia, che presupponga la riduzione della possibilità di pendenza di procedimenti paralleli e che non vengano emesse, in due diversi Stati membri, decisioni tra loro incompatibili, come stabilito dal considerando n. 21 del regolamento Bruxelles I-bis, e, dall'altra parte, di determinare un foro in virtù dello stretto collegamento tra l'autorità giurisdizionale e la controversia, al fine di agevolare la buona amministrazione della giustizia, come previsto dal considerando n. 16 del medesimo regolamento.

In proposito, occorre, da ultimo, sottolineare come tale interpretazione sia confortata anche da quanto affermato nella relazione Jenard sulla Convenzione di Bruxelles – di fatti citata dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza sopra indicata – ovvero che, nonostante la nozione di intervento comprenda quella di garanzia, si è preferito menzionare entrambi i concetti in maniera espressa e distinta.

4. In conclusione, la pronuncia in commento si colloca all'interno di un percorso giurisprudenziale, ormai consolidato, teso a confermare la natura mobile del rinvio operato dall'art. 3, comma 2, della legge n. 218 del 1995 alle fonti dell'Unione in materia di giurisdizione civile e commerciale.

Attraverso una lettura sistematica della citata norma, la Corte di cassazione ha riaffermato il nesso funzionale tra le norme convenzionali originarie e i regolamenti successivi – da Bruxelles I a Bruxelles I-*bis* –, interpretando il rinvio di cui alla legge di riforma del diritto internazionale privato non come una mera incorporazione statica, ma come uno strumento dinamico, capace di adattarsi alle trasformazioni dell'ordinamento dell'Unione. In tal modo, essa ha conferito nuovamente coerenza alla scelta del legislatore nazionale, il quale, nel perimetrare i confini della giurisdizione italiana, ha inteso mantenere un aggancio perenne ai criteri uniformi europei, anche per le controversie coinvolgenti convenuti domiciliati in Stati terzi.

Ci sembra che un siffatto approccio risponda ad esigenze di ordine pratico e teorico convergenti: da un lato, la garanzia di un trattamento uniforme per le controversie civili e commerciali, prescindendo dalla residenza o domicilio del convenuto; dall'altro, la promozione della buona amministrazione della giustizia, nella prospettiva di una più efficiente trattazione delle liti connesse.

In particolare, la portata dell'art. 8, n. 2, del regolamento Bruxelles I-*bis* – che permette di radicare la giurisdizione anche nei confronti del terzo chiamato in garanzia o in intervento – se estesa ai convenuti domiciliati in Stati terzi mediante il richiamo operato dall'art. 3, comma 2, consente di garantire l'unitarietà del processo, evitando la proliferazione di procedimenti paralleli, potenzialmente suscettibili di condurre a decisioni inconciliabili.

Come osservato, peraltro, la Corte non ha omissso di precisare i limiti applicativi della disposizione, individuati, da una parte, nella necessità che la domanda di garanzia sia proposta all'interno del medesimo procedimento in cui è introdotta la domanda principale e, dall'altra parte, nel divieto di utilizzo pretestuoso del meccanismo attrattivo, secondo la *ratio* di evitare frodi processuali in danno del terzo convenuto. Tali cautele preservano l'equilibrio tra esigenze di efficienza e tutela dei diritti della parte chiamata, garantendo un punto di sintesi tra il principio del giudice naturale e quello di economia processuale.

Al contempo, la pronuncia chiarisce definitivamente l'irrilevanza, ai fini della giurisdizione, della distinzione tra garanzia propria e impropria: ciò che rileva è la sussistenza di un rapporto di garanzia, inteso in senso lato, e la sua proposizione nello stesso giudizio principale, a prescindere dal titolo

giuridico invocato. Anche sotto questo profilo, l'approccio sostanzialistico della Corte si dimostra coerente con il parametro interpretativo funzionale che informa l'intera disciplina dell'Unione in materia di giurisdizione civile e commerciale.

Ciò posto, riteniamo, tuttavia, che l'opzione per un rinvio mobile alle fonti dell'Unione comporti, inevitabilmente, talune criticità, in particolare sotto il profilo della prevedibilità del foro di potenziali liti per i soggetti in esse coinvolti. Invero, la continua evoluzione delle fonti dell'Unione, e la concreta e attuale possibilità che esse vengano emendate o sostituite, può incidere sulla prevedibilità *ex ante* delle regole giurisdizionali applicabili, soprattutto per i soggetti domiciliati in Stati terzi, non partecipi del processo normativo di integrazione europea. Cionondimeno, occorre osservare che i criteri del regolamento Bruxelles I-*bis* sono ormai considerati standard internazionali largamente noti agli operatori: fori come quello del luogo di esecuzione del contratto, del luogo del fatto illecito, o della connessione in caso di pluralità di convenuti, non rappresentano sorprese ma piuttosto regole diffuse in svariati sistemi. Inoltre, il vantaggio per la parte extra-UE è che, applicandosi i criteri del regolamento, essa gode anche delle tutele che tale sistema prevede. In altre parole, l'estensione dei criteri europei comporta anche l'estensione dei relativi limiti e condizioni, in un quadro di garanzie tendenzialmente equilibrato (a questo proposito, e con specifico riferimento alla conformità dell'estensione in parola con il diritto di difesa sancito dall'art. 6 della CEDU, si veda V. F. MARONGIU BONAIUTI, *La tutela del diritto di accesso alla giustizia e della parità di armi tra i litiganti nella proposta di revisione del Regolamento n. 44/2001*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli, 2012, p. 345 ss.). Si consideri, ad esempio, proprio l'azione di garanzia: l'art. 8, n. 2, del regolamento Bruxelles I-*bis* contiene già in sé un requisito di buona fede procedurale (la non pretestuosità) che tutela il terzo chiamato da eventuali abusi.

In definitiva, l'ordinanza in commento fornisce un contributo significativo non solo alla sistematizzazione della materia giurisdizionale nei rapporti transnazionali, ma anche alla riflessione più ampia sul rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione nel settore del diritto internazionale privato. In questo senso, le soluzioni interpretative adottate dalla Corte di cassazione valorizzano, a nostro avviso, una lettura del diritto internazionale privato italiano sempre più orientata verso la normativa europea, in linea con una visione integrata dell'ordinamento, che riconosce nella cooperazione giudiziaria civile uno dei pilastri del sistema giuridico europeo.

Abstract (ita)

Con ordinanza n. 29569, depositata il 18 novembre 2024, la Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, è tornata a chiarire la natura mobile del rinvio operato, con riferimento alla giurisdizione dei giudici italiani nei confronti di soggetti non domiciliati in uno Stato membro dell’Unione, dall’art. 3, comma 2, della legge n. 218 del 1995 alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, successivamente sostituita dal regolamento (CE) n. 44/2001 e dal regolamento (UE) n. 1215/2012. La pronuncia in commento presenta elementi di interesse che si rinvergono, da un lato, nella predetta precisazione relativa alla portata del rinvio operato dalla legge italiana e, dall’altro lato, nella trattazione del rapporto di garanzia nell’ambito della normativa internazionale-privatistica dell’Unione europea. Con il presente contributo, pertanto, dopo aver ricostruito il contesto fattuale da cui l’ordinanza ha avuto origine, si intende offrire un’analisi dei citati aspetti, nel tentativo di trarne alcune valutazioni critiche.

Abstract (eng)

By order no. 29569, filed on 18 November 2024, the Italian Supreme Court of Cassation once again clarified the dynamic nature of the reference made, with regard to the jurisdiction of Italian courts over defendants not domiciled in a Member State of the European Union, by Article 3 (2) of Law No. 218 of 1995 to the Brussels Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, subsequently superseded by Regulation (EC) No. 44/2001 and Regulation (EU) No. 1215/2012. The ruling presents several points of interest, firstly in its clarification of the scope of the referral mechanism established under Italian law, and secondly in its examination of the indemnity relationship within the framework of the EU’s private international law. This paper therefore aims, after reconstructing the factual context from which the order originated, to provide an analysis of the aforementioned aspects, with the objective of offering some critical remarks.

LA SOLIDARIETÀ ENERGETICA NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA E IL SUO IMPATTO SULLA DIRETTIVA “CASE GREEN”

Giovanna Coletta (Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli Studi del Sannio) – 18 giugno 2025

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fondamenti normativi della solidarietà energetica nell'Unione europea. – 3. La solidarietà energetica nella giurisprudenza della Corte di giustizia – 4. Direttiva *Case Green* e solidarietà: un'assente presente. – 5. Considerazioni finali.

1. La solidarietà energetica, per lungo tempo percepita come un mero valore politico o una clausola di stile, ha progressivamente acquisito una pregnante configurazione giuridica nell'ordinamento UE. L'articolo 194, par. 1, TFUE, la eleva a principio fondante della politica energetica dell'Unione, statuendo che tale politica deve essere attuata “in uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri”. Il *prius* logico e giuridico di tale disposizione si rinviene nell'articolo 4, par. 2, TFUE, che stabilisce le competenze dell'Unione concorrenti con quella degli Stati membri. La lettera *i*) dell'articolo menzionato annovera infatti l'energia tra i settori in cui l'azione degli Stati membri è circoscritta e subordinata al meccanismo della *preemption* (sul punto, v. A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione Europea. Esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Napoli, 2013, p. 109 ss.)

La solidarietà, nelle sue declinazioni, è incardinata anche nel Capo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Per quanto concerne i temi trattati nel presente contributo, assumono particolare rilevanza gli articoli 31, 32 e 34 della Carta di Nizza. Sebbene essa sia antecedente all'introduzione del Titolo XXI del TFUE – composto unicamente dall'articolo 194 – che si riferisce espressamente alla solidarietà energetica, le disposizioni menzionate proteggono diritti di fondamentale importanza a quest'ultima correlati.

Gli articoli 31 e 32 sanciscono, infatti, tutele per assicurare “condizioni di lavoro giuste ed eque” (art. 31), attenzionando la sicurezza dei lavoratori più giovani. La rivoluzione tecnologica contemporanea alla transizione energetica in atto ha avvalorato la lungimiranza dell'art. 32: nell'era della digitalizzazione, garantire la sicurezza dei lavoratori più giovani significa – implicitamente – garantire l'approvvigionamento energetico per consentire

l'uso delle nuove tecnologie, sempre più diffuse e più energivore (un esempio significativo è rappresentato dall'intelligenza artificiale).

La formulazione dell'articolo 194 TFUE, suscettibile di diverse interpretazioni a causa della mancanza di precisione semantica del concetto di "solidarietà" nei Trattati, ha generato un'evoluzione normativa e giurisprudenziale volta a concretizzarne la portata precettiva, trasformandola in un vincolo ineludibile per l'azione dell'Unione e degli Stati membri (sul tema, v. T. M. MOSCHETTA, *La solidarietà interstatuale nella politica energetica dell'Unione europea: note a margine della sentenza del Tribunale Polonia c. Commissione*, in questa *Rivista*, 2019).

Il contesto geopolitico attuale, caratterizzato da significativi conflitti e da una crescente urgenza climatica, ha ulteriormente acuito la rilevanza della solidarietà energetica. La crisi di settore innescata dall'invasione russa dell'Ucraina ha drammaticamente evidenziato la vulnerabilità strutturale del sistema energetico europeo, accelerando il riconoscimento della solidarietà non solo come principio ideale, ma come meccanismo operativo indispensabile per la sicurezza degli approvvigionamenti e la stabilità del mercato interno (sul tema, COM (2022) 108final, REPowerEU: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili, 8 marzo 2022).

La stessa comunicazione richiama gli "accordi di solidarietà" (COM (2022) 108final, cit., punto 1.2, pag. 5) previsti dal regolamento "concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas" (regolamento (UE) 2017/1938 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2017, che abroga il regolamento (UE) n. 994/2010), enfatizzando la necessità di perfezionare tali accordi senza ritardo. Nello scenario presente, la transizione ecologica si configura come imperativo strategico, richiedendo un coordinamento transnazionale e politiche convergenti degli Stati membri.

In tale quadro si inserisce la c.d. direttiva *Case Green* del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 aprile 2024, sulla prestazione energetica nell'edilizia (direttiva (UE) 2024/1275). Sebbene il testo non invochi esplicitamente la solidarietà, il riferimento presente nel considerando n. 81 inequivocabilmente afferma che la proposta "è volta a contribuire al raggiungimento degli obiettivi di politica energetica previsti dallo stesso articolo 194 TFUE".

Dunque, gli obiettivi e le disposizioni della direttiva – che mirano a promuovere l'efficienza energetica, la decarbonizzazione del settore edilizio e l'adozione di soluzioni energetiche rinnovabili – riflettono intrinsecamente i valori sottostanti al principio di solidarietà energetica, incentivando la

cooperazione multilivello e una gestione condivisa delle sfide che gli Stati membri devono affrontare. A tal proposito appare particolarmente pregnante richiamare quanto disposto dall'articolo 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Posta a tutela della sicurezza sociale e dell'assistenza sociale, nel paragrafo 3 la disposizione enfatizza l'importanza del diritto all'assistenza abitativa come strumento per garantire un'esistenza dignitosa agli individui.

Alla luce di quanto esposto sinora emerge la rilevanza multifattoriale della solidarietà energetica: *driver* per una transizione giusta ed equa, baluardo per la tutela dei diritti fondamentali degli individui.

2. L'introduzione dell'articolo 194 TFUE con il Trattato di Lisbona ha segnato un punto di svolta per il diritto europeo dell'energia. La norma in questione, oltretutto, è l'unica a dar corpo al titolo XXI del TFUE; l'introduzione del principio di solidarietà energetica coincidente con l'introduzione stessa del titolo testimonia, anche temporalmente, lo stretto legame tra il principio e la materia oggetto di discussione.

Prima di tale modifica, il medesimo principio era soltanto desumibile in via interpretativa da altre disposizioni dei Trattati, in particolare quelle relative al mercato interno e alla libera circolazione (sul tema, v. K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, Oxford, 2021). L'esplicita menzione nell'ambito della politica energetica conferisce alla solidarietà una base giuridica autonoma e la eleva a criterio interpretativo e direttivo per l'intera azione dell'Unione nel settore (v. K. TALUS, *EU Energy Law and Policy: A Critical Introduction*, Oxford, 2018).

La solidarietà energetica, in questa accezione, trascende la mera cooperazione intergovernativa, implicando un obbligo di mutuo sostegno che vincola gli Stati membri ad agire in modo coordinato per la sicurezza degli approvvigionamenti, l'efficienza energetica e lo sviluppo delle energie rinnovabili. Essa impone una visione integrata del sistema energetico europeo, superando le logiche meramente nazionali per promuovere la resilienza collettiva di fronte a perturbazioni o carenze (sul tema, v. P. CAMERON, R. HEFFRON, *Legal Aspects of EU Energy Regulation*, Oxford, 2016). Il principio di solidarietà energetica si è, quindi, concretizzato in un articolato *corpus* normativo che definisce obblighi e procedure cui gli Stati membri sono soggetti.

Tra gli strumenti più rilevanti figurano il già menzionato regolamento sulla sicurezza dell'approvvigionamento di gas naturale (regolamento (UE) 2017/1938, *cit.*), che appare emblematico della solidarietà energetica. L'importanza del principio è desumibile dal considerare n. 6, poiché "l'Unione

dell'energia riposa sulla solidarietà, principio sancito dall'articolo 194 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), e sulla fiducia, componenti necessarie della sicurezza energetica". Seguendo tali pilastri, il regolamento introduce meccanismi di prevenzione e risposta alle crisi, inclusa la clausola di "solidarietà di ultima istanza" (regolamento (UE) 2017/1938, cit., articolo 13), che impone agli Stati membri di fornire gas ai "clienti protetti" di uno Stato membro colpito da una grave carenza, qualora tutte le altre misure siano state esaurite. L'implementazione di questo regolamento ha richiesto accordi bilaterali di solidarietà tra Stati membri, dimostrando la natura prescrittiva del principio. Il successivo regolamento (UE) 2022/1032 adottato in risposta alla crisi energetica, ha ulteriormente rafforzato tali misure, stabilendo obblighi di riempimento degli stoccaggi e meccanismi di riduzione della domanda oltre che enfatizzando la condivisione degli oneri.

Le direttive sul mercato interno dell'energia elettrica e del gas (es. direttiva 2009/72/CE, direttiva 2009/73/CE, e successive rifusioni come la direttiva (UE) 2019/944) mirano invece all'integrazione dei mercati energetici nazionali in un unico mercato europeo, promuovendo la concorrenza, la trasparenza e l'efficienza. La solidarietà si manifesta nella necessità di garantire interconnessioni adeguate, accesso non discriminatorio alle infrastrutture e cooperazione transfrontaliera, essenziali per prevenire contrazioni significative dell'offerta e garantire la sicurezza degli approvvigionamenti in tutta l'Unione.

Il regolamento sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima (regolamento (UE) 2018/1999) stabilisce un quadro integrato per la pianificazione, il monitoraggio e la rendicontazione degli obiettivi energetici e climatici nazionali, contribuendo a rafforzare la solidarietà attraverso la condivisione delle informazioni e la coordinazione degli sforzi per il raggiungimento degli obiettivi comuni. Include la possibilità di "trasferimenti statistici" di energia rinnovabile: un meccanismo di cooperazione dell'UE che consente ai Paesi che non raggiungono gli obiettivi di acquistare virtualmente l'energia in eccesso da altri Stati membri.

Questi strumenti normativi attestano la transizione della solidarietà energetica da un principio programmatico a un insieme di obblighi giuridici concreti, con impatti diretti sulle politiche nazionali e sulle relazioni inter-statali.

3. Anche e soprattutto la Corte di giustizia ha svolto un ruolo determinante nel conferire concretezza al principio di solidarietà energetica, sebbe-

ne in assenza di un contenzioso diretto e specifico sulla sua interpretazione sistematica. La solidarietà emerge come criterio interpretativo implicito o esplicito in diverse pronunce relative al mercato interno, alla sicurezza degli approvvigionamenti e alla compatibilità degli accordi intergovernativi con il diritto dell'Unione.

Una delle sentenze più significative in merito è stata resa il 15 luglio 2021, (sentenza della Corte, causa C-848/19 P, *Germania c. Polonia*). La Corte di giustizia ha rigettato l'impugnazione proposta dalla Germania contro una decisione del Tribunale del 10 settembre 2019 (sentenza del Tribunale, causa T-883/16, *Polonia c. Commissione*) (sul tema, v. T. M. MOSCHETTA, *op. cit.*). Quest'ultima aveva annullato, applicando il principio di solidarietà energetica, una decisione della Commissione europea del 2016 che modificava le condizioni di accesso al gasdotto OPAL, situato nel Mar Baltico.

Nella sentenza la Corte ha ribadito che, ai sensi dell'art. 194, par. 1, TFUE, la politica energetica dell'Unione è volta a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico e il buon funzionamento del mercato dell'energia, in uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri (sentenza *Germania c. Polonia*, cit., punto 39). Si evidenzia inoltre lo stretto legame tra il principio di solidarietà, enunciato nell'art. 194 TFUE, e il principio di leale cooperazione, custodito nell'art. 4 TUE. Tale legame impone sia all'Unione che agli Stati membri obblighi reciproci di rispetto e assistenza nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati.

La Corte ha infine sottolineato che, poiché il principio di solidarietà è alla base degli obiettivi della politica energetica dell'Unione, non è possibile escludere che esso produca effetti giuridici vincolanti. Pertanto, la legittimità di qualsiasi atto adottato dalle istituzioni europee nell'ambito della politica energetica deve essere valutata alla luce del principio di solidarietà energetica, anche in assenza di un riferimento esplicito ad esso nel diritto derivato applicabile (punto 48 della sentenza).

Il principio di solidarietà ha orientato la Corte di giustizia anche in contesti indiretti, come in alcune controversie relative agli aiuti di Stato nel settore energetico o all'applicazione delle norme di concorrenza: misure che possono creare distorsioni significative o compromettere la stabilità energetica regionale potrebbero essere considerate incompatibili con il mercato interno e, implicitamente, con lo spirito di solidarietà (sul tema, v. C. BARNARD, S. PEERS, *European Union Law*, Oxford, 2020). La giurisprudenza della Corte, pertanto, pur non avendo ancora delineato un orientamento organico e autonomo della solidarietà energetica, ha contribuito a consolidarne la natura vincolante, interpretando le norme settoriali in modo da

promuovere la cooperazione, la non discriminazione e la condivisione delle responsabilità tra gli Stati membri per la sicurezza e la stabilità del sistema energetico europeo.

Ulteriori sviluppi giurisprudenziali sul tema della solidarietà energetica potrebbero emergere a seguito del rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale italiana operato con l'ordinanza n. 21 del 20 febbraio 2025 (sul tema, v. S. BARBIERI, *Piazza del Quirinale, non Karlsruhe: l'ordinanza n. 21/2025 della Corte costituzionale tra diritto dell'Unione europea al tempo delle crisi e rinvio pregiudiziale*, in *Unione europea e Diritti*, vol. 1, n. 2, 2025). La Consulta ha sollevato il problema della compatibilità con il diritto UE dell'estensione del novero dei soggetti passivi del contributo di solidarietà temporaneo nel settore energetico.

Tale contributo, recepito in Italia dalla legge n. 197 del 2022, mirava ad implementare il regolamento (UE) 2022/1854, adottato per far fronte all'eccezionale crisi energetica del 2021-2022. Mentre questo regolamento UE limitava il contributo a imprese con almeno il 75% del fatturato da estrazione, raffinazione o fabbricazione di prodotti di cokeria, consentendo però misure equivalenti, il legislatore nazionale ha ampliato la base imponibile includendo, ad esempio, produttori e rivenditori di energia elettrica, distributori di prodotti petroliferi e importatori. La base giuridica su cui poggia il medesimo regolamento è l'articolo 122 TFUE, che richiamando – proprio come l'articolo 194 TFUE – lo “spirito di solidarietà tra Stati membri”, prevede che il Consiglio possa decidere misure adeguate alla situazione economica, menzionando espressamente il settore dell'energia (art. 122, par. 1, TFUE).

La Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 21/2025, ha chiesto dunque alla Corte di giustizia di esprimersi circa l'estensione di cui sopra operata dall'Italia, alla luce: i) della natura eccezionale del potere unionale, ii) della competenza statale in materia fiscale diretta, iii) delle finalità altrettanto eccezionali del regolamento, iv) dei margini di attuazione concessi e v) delle peculiarità del contesto energetico nazionale. Il giudizio della Consulta è dunque sospeso, riservandosi di statuire a valle della sentenza della Corte di giustizia.

Il dialogo tra Corti appare significativo in relazione a molteplici motivi. Per quelli di interesse nel presente contributo, oltre a richiamare l'attenzione sul nuovo assetto dei rapporti tra ordinamenti – delineatosi a seguito della sentenza n. 181/2024 – i giudici di Lussemburgo potrebbero consolidare o modificare il loro orientamento sul tema della solidarietà energetica, alla luce dell'evoluzione del quadro normativo posteriore alla menzionata sentenza C-848/19 P.

La complessità del quadro sottoposto al vaglio della Corte di giustizia lascia aperte diverse ipotesi circa l'esito del rinvio pregiudiziale operato con l'ordinanza n. 21/2025. Per un verso, viene in rilievo una potenziale invalidità dello stesso regolamento UE 2022/1854, segnalata anche dalla Corte costituzionale Belga (causa C-358/24, *Varo Energy Belgium e a.*) e dalla High Court irlandese (causa C-533/24, *Vermilion Energy Ireland e a.*), a causa dei poteri esercitati dal Consiglio in base a quanto disposto dall'articolo 122 TFUE. Per altro verso, si evidenzia una certa ambiguità circa la natura della misura adottata dall'Italia. Nella ricostruzione operata dalla Consulta, invero, l'estensione dei soggetti passivi si configurerebbe come misura equivalente (Corte cost., ord. n. 21/2025, cit., punto 10.2 del considerato in diritto), in ragione del fatto che una rigida applicazione del contributo di solidarietà, così come previsto dal regolamento, avrebbe prodotto una misura inefficace alla luce del peculiare contesto economico ed energetico italiano. Pertanto, nonostante la solidarietà energetica rappresenti un fondamento giuridico dell'integrazione europea, la sua attuazione pratica si rivela complessa, anche a causa della coesistenza di interessi nazionali e sovranazionali divergenti e difficilmente bilanciabili.

4. La centralità della solidarietà energetica per la realizzazione dell'Unione dell'Energia e degli obiettivi climatici trova conferma anche nel *Green Deal* europeo (comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM (2019) 640final) che la incorpora come presupposto per una transizione ecologica equa, con meccanismi come il Fondo per una transizione giusta (regolamento (UE) 2021/1056 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, che istituisce il Fondo per una transizione giusta).

Seguendo tale scia, anche il piano *REPowerEU* (COM (2022)108 final, cit.) eleva la solidarietà a principio operativo per la sicurezza degli approvvigionamenti e l'accelerazione della transizione, con misure come l'acquisto congiunto di gas e la riduzione della domanda. Ciò implica intrinsecamente la solidarietà tra gli Stati membri: diversificando le fonti energetiche, migliorando le infrastrutture (come le interconnessioni) e sviluppando insieme le energie rinnovabili, l'UE mira a evitare che un singolo Stato membro sia eccessivamente vulnerabile alle interruzioni, così da garantire un approvvigionamento energetico stabile per tutti.

Inoltre *REPowerEU* ha tra i suoi obiettivi quello del rafforzamento delle infrastrutture energetiche e della cooperazione transfrontaliera. Il miglio-

mento delle reti elettriche e del gas per facilitare il flusso di energia tra gli Stati membri è considerato, infatti, un'espressione tangibile di solidarietà energetica. I Progetti di Interesse Comune (PIC) supportano questi collegamenti transfrontalieri. Pur essendo guidato dalla necessità di indipendenza energetica e dalla minaccia rappresentata dalla crisi climatica, *REPowerEU* riconosce che un approccio cooperativo è essenziale per un futuro energetico sicuro, accessibile e sostenibile per l'Europa.

In questo quadro si inserisce la direttiva (UE) 2024/1275 sulla prestazione energetica degli edifici: essa, pur non menzionando esplicitamente la solidarietà, ne è sostanzialmente permeata nei suoi principi. (sul tema, v. O. PALLOTTA, *La regolamentazione UE in materia energetica: i recenti sviluppi*, in P. DE PASQUALE, A. LIGUSTRO (a cura di), *La gestione delle emergenze nel diritto dell'Unione e nel diritto interazionale: emergenza energetica, ambientale e bellica*, Atti del ciclo di Convegni di Napoli, Napoli, 2023). La direttiva si propone di rappresentare una svolta fondamentale per la decarbonizzazione e l'efficienza energetica del patrimonio edilizio europeo, con l'obiettivo di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050. Il settore edilizio, infatti, rappresenta circa il 40% del consumo energetico totale dell'Unione europea e il 36% delle emissioni di CO₂ (sul punto, v. Commissione europea, Bruxelles, 2020), configurandosi dunque come ambito strategico su cui intervenire. La portata del cambiamento che l'Unione mira a raggiungere impone la necessità di un quadro normativo articolato su diversi livelli temporali, che prevede obiettivi di breve, medio e lungo periodo. Riduzione del 16% del consumo energetico medio degli edifici residenziali, ristrutturazione prioritaria del 16% degli edifici con prestazioni energetiche peggiori ed installazione obbligatoria di impianti solari su edifici pubblici e non residenziali di nuova costruzione rappresentano gli obiettivi a breve termine (entro il 2030) che gli Stati membri devono conseguire.

Il fondamento sul principio di solidarietà energetica si rintraccia nella previsione, all'interno della direttiva, di diversi strumenti a disposizione degli Stati membri per il raggiungimento degli obiettivi programmati: piani nazionali di ristrutturazione (PNRE) con obiettivi adattati ai contesti locali, deroghe per edifici di valore storico e culturale, meccanismi di supporto finanziario differenziati per regione e criteri di valutazione energetica adattabili alle condizioni climatiche nazionali.

In base alle disposizioni della direttiva, la solidarietà appare concretarsi su tre dimensioni principali: solidarietà di mercato, di sicurezza e di transizione. La prima dimensione mira alla convergenza verso *standard* comuni che facilitano l'integrazione dei mercati energetici e riducono le disparità

competitive tra Stati membri. La solidarietà di sicurezza, invece, punta alla riduzione della dipendenza energetica attraverso l'efficientamento del patrimonio edilizio, contribuendo alla sicurezza energetica collettiva dell'Unione. Infine, la solidarietà di transizione si evince dalla prescrizione di supporto reciproco nel processo di decarbonizzazione, riconoscendo al contempo le diverse capacità e condizioni di partenza degli Stati membri.

La guida del principio di solidarietà nel raggiungimento degli obiettivi previsti nella direttiva è testimoniata anche dai meccanismi previsti al suo interno. Gli Stati membri condividono traguardi di lungo termine, ma possono adottare strategie nazionali adeguate alle proprie specificità, evitando un approccio “*one-size-fits-all*”. Rivestono un ruolo strategico anche la condivisione di “buone pratiche” attraverso la creazione di piattaforme europee per lo scambio di conoscenze tecniche, modelli di finanziamento e soluzioni innovative per l'efficientamento energetico, nonché la previsione di meccanismi di supporto finanziario per sostenere gli investimenti nei Paesi con maggiori difficoltà strutturali. Ne sono un esempio il *Recovery and Resilience Facility* (regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza), i Fondi di Coesione (FESR, FSE) ed *InvestEU* (regolamento (UE) 2021/523 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 marzo 2021, che istituisce il programma InvestEU e modifica il regolamento (UE) 2015/1017).

Per l'Italia, il raggiungimento degli obiettivi della direttiva *Case Green* rappresenta una sfida più onerosa, in quanto presenta specificità uniche nel panorama europeo. Circa il 74% degli edifici residenziali è stato costruito prima del 1980, contro una media europea del 64%. Il 15% del patrimonio risale a prima del 1945 (*Report Istat*). Il quadro generale è reso più complesso dalla presenza di zone climatiche differenziate, dalla frammentazione proprietaria e dai vincoli legati al valore storico-culturale del patrimonio immobiliare italiano, che annovera il maggior numero di siti Unesco al mondo. Le stime, contrastanti tra loro, sembrano indicare un fabbisogno di investimenti tra 320 e 450 miliardi di euro nel periodo 2024-2050, equivalenti al 20-28% del PIL annuale (*Relazione sullo stato della green economy*, a cura di E. RONCHI, 2024). Appare evidente come si sia in presenza di una delle sfide finanziarie più significative per il Paese. Il settore delle ristrutturazioni energetiche potrebbe generare tra 500.000 e 800.000 posti di lavoro, principalmente nelle PMI del settore edile e nelle professioni tecniche specializzate (*Dossier La revisione della direttiva sulla prestazione energetica degli edifici*, Camera dei Deputati italiana, Ufficio Rapporti con l'Unione europea, 2023).

Negli ultimi decenni, la dipendenza energetica è emersa come questione centrale nelle politiche europee, spinta dall'instabilità geopolitica e dall'urgenza di modelli più sostenibili. Un'analisi comparativa (sul tema G. ROVAI, *Più rinnovabili, ma ancora dipendenti: ecco il rebus energetico europeo*, in *I-Com, Istituto per la Competitività*, 2025) tra il 1990 e il 2023 rivela significative disomogeneità tra gli Stati membri dell'Unione europea per quanto riguarda la riduzione delle importazioni energetiche e l'incremento delle fonti rinnovabili. Sebbene 16 Stati membri abbiano ridotto la propria dipendenza, 11 l'hanno vista aumentare. Tra i primi, Estonia, Lettonia e Finlandia hanno registrato diminuzioni superiori ai 30 punti percentuali, mentre paesi come l'Italia hanno ottenuto riduzioni più modeste, inferiori ai 10 punti percentuali. Al contrario, Polonia e Paesi Bassi hanno sperimentato un notevole incremento della dipendenza.

La vera discriminante nella riduzione della dipendenza energetica risiede nella quota del fabbisogno energetico complessivo coperta dalle rinnovabili. Solo 6 dei 27 Stati membri riescono a soddisfare oltre il 40% del proprio fabbisogno con fonti rinnovabili, e di questi, 5 presentano un indice di dipendenza inferiore al 40%. L'Italia partiva da una forte dipendenza dai combustibili fossili e una bassa produzione da rinnovabili ma ha compiuto progressi significativi, con le rinnovabili che oggi rappresentano il 75% della produzione primaria, sebbene l'indice di dipendenza rimanga elevato. Un percorso simile è stato intrapreso dalla Germania, che ha registrato il sorpasso delle rinnovabili sulle fonti fossili più tardi rispetto all'Italia, influenzando una dinamica della dipendenza energetica in lieve crescita.

L'eterogeneità della situazione specifica di ciascun Stato membro dimostra la crucialità di fattori come la composizione iniziale del *mix* energetico, la presenza del nucleare, la capacità di coprire internamente il fabbisogno e la tempistica degli interventi. La sfida energetica europea, pertanto, non si limita all'aumento delle rinnovabili, ma richiede un approccio integrato per assicurare una copertura energetica interna efficace e sostenibile. In quest'ottica, la centralità dello "spirito di solidarietà" incardinato nell'art. 194 TFUE si afferma ancora una volta.

5. In conclusione, il quadro sinora delineato enfatizza a più riprese la complessità della transizione energetica, che rappresenta una sfida ed al contempo un'opportunità senza precedenti per l'Italia e l'Unione nel loro percorso verso la neutralità climatica. L'analisi condotta evidenzia come il successo di quanto previsto nella direttiva *Case Green* dipenda dalla capacità di bilanciare obiettivi comuni europei con specificità nazionali e locali,

dando sostanza al principio della solidarietà energetica.

La strada verso il 2050 è impegnativa ma tracciata: il successo della transizione energetica del settore edilizio richiederà un approccio sistemico che integri politiche nazionali ed europee, coinvolgimento degli *stakeholder* locali, innovazione tecnologica e meccanismi di finanziamento sostenibili. Solo attraverso una tale *governance* multilivello sarà possibile trasformare la sfida posta dall'atto in questione in un'opportunità di rafforzamento della coesione europea, dimostrando che sostenibilità ambientale e conservazione del patrimonio storico (nel caso dell'Italia) non sono obiettivi contrapposti, ma complementari nell'ambito di una strategia di sviluppo veramente sostenibile.

La Corte di giustizia, pur non definendo in modo organico la solidarietà energetica, ne ha delineato la portata, dando vita ad un orientamento che funge da monito e da guida per il recepimento e l'attuazione di normative come la direttiva *Case Green*, che richiedono un approccio integrato e solidale. L'Unione europea sta procedendo in questa direzione: lo testimonia, da ultimo, la nomina di un responsabile "*Energy and Housing*" nell'ultima Commissione europea. Tale innovazione rappresenta l'ennesimo passo verso l'attuazione della solidarietà energetica, fondendo strategicamente due settori cruciali – energia ed edilizia – e riconoscendone il legame indissolubile per la realizzazione degli obiettivi di neutralità climatica.

In un'epoca di profonde trasformazioni energetiche e geopolitiche, la solidarietà energetica si configura, dunque, non solo come un principio ideale, ma come una condizione necessaria per la resilienza e il successo delle politiche dell'Unione. Solo attraverso un impegno collettivo e un'applicazione coerente di tale principio, essa potrà raggiungere i suoi ambiziosi obiettivi climatici, garantire la sicurezza energetica dei suoi cittadini e rafforzare la sua posizione di *leadership* globale nella transizione verde.

Abstract (ita)

Il principio di solidarietà energetica, sancito dall'articolo 194 TFUE, è divenuto un pilastro ineludibile dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Non più confinato a una mera enunciazione programmatica, esso si è evoluto in un vincolo giuridico precettivo, informando l'interpretazione e l'attuazione delle politiche energetiche europee. L'articolo esamina criticamente i fondamenti normativi della solidarietà energetica, analizzando la sua declinazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), che ha contribuito a delinearne la portata e l'applicabilità. Verranno poi approfonditi l'evoluzione normativa nel contesto del *Green Deal* europeo e del piano *REPowerEU*. Particolare attenzione sarà dedicata all'implicazione del principio di solidarietà sul recepimento e l'attuazione della direttiva (UE) 2024/1275 sulla prestazione energetica nell'edilizia ("direttiva *Case Green*"), con un focus sulle sfide e opportunità per l'Italia, e le prospettive per una transizione energetica giusta e resiliente nell'Unione europea.

Abstract (eng)

The principle of energy solidarity, enshrined in Article 194 TFEU, has become an inescapable cornerstone of the European Union's legal order. No longer confined to a merely programmatic declaration, it has evolved into a binding legal norm, shaping both the interpretation and implementation of European energy policies. This article critically examines the legal foundations of energy solidarity, analyzing its articulation in the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU), which has contributed to defining its scope and enforceability. The paper further explores the normative developments in the European Green Deal context and the *REPowerEU* plan. Particular attention is devoted to the solidarity principle implications' for the transposition and implementation of Directive (EU) 2024/1275 on the energy performance of buildings ("*Green Homes Directive*"), with a focus on the challenges and opportunities it presents for Italy, and the prospects for a just and resilient energy transition within the European Union.

È TEMPO DI COMPETITIVITÀ IN UE: UN NUOVO SGUARDO ALLA DIRETTIVA *DUE DILIGENCE*

Marta Ferrari (Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Udine) – 8 giugno 2025

SOMMARIO: 1. La Bussola per la competitività: l'esigenza di semplificare. – 2. Un breve riepilogo delle modifiche alla direttiva sulla rendicontazione sostenibile. – 3. L'attuale direttiva sul dovere di diligenza delle imprese. – 4. La nuova direttiva *due diligence*: i partner commerciali e la responsabilità civile. – 5. Riflessioni conclusive.

1. Durante il mandato 2019 – 2024 della Commissione europea, presieduta da Ursula von der Leyen, l'Unione europea si è prefissata due ambiziosi obiettivi: divenire il primo continente a impatto climatico zero entro il 2050, come stilato nel regolamento (UE) 2021/1119, e perseguire gli obiettivi di Sviluppo Sostenibile (SDG) delle Nazioni Unite entro il 2030. Si tratta di due traguardi evocati nella comunicazione della Commissione europea per il Green Deal europeo (COM (2019) 640final) del 2019 al cui conseguimento è stata dedicata l'intera successiva strategia dell'Unione rivolta a “trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva”.

Decorso il quinquennio la nuova Commissione affianca – se non addirittura antepone – al tema della trasformazione sostenibile, che aveva precedentemente contraddistinto il suo agire, quello della competitività. Pur rimanendo ferma sull'indispensabilità del perseguimento degli obiettivi in tema di sostenibilità, la Commissione appare consapevole delle difficoltà che gli oneri derivanti dalla sua politica arrechino alle imprese e di come questi incidano sulla competitività complessiva già compromessa dell'Unione.

Tenuto presente che l'Unione non è riuscita negli anni a tenere il passo con le grandi economie e della necessità di ulteriori investimenti per portare a compimento quanto stilato nel Green Deal, il 29 gennaio 2025 la Commissione europea ha presentato un'importante iniziativa, denominata “A Competitiveness Compass for the EU”, che facendo del Report di Mario Draghi “The future of European competitiveness – (part A – part B)” di settembre 2024 la propria tabella di marcia, ha elaborato un piano d'azione per i prossimi anni (cfr. M. CASTELLANETA, *Bussola per la competitività: un futuro diverso, con il solito approccio?*, in *marinacastellanetablog*, 30 gennaio 2025; M. MARESCA, *Il “Competitiveness Compass” della Commissione europea*, in

questa *Rivista*, 2025, p. 1 ss.; ID., *E così nella indifferenza e noncuranza generale la Commissione europea approva il 29 gennaio una Comunicazione sulla competitività che presenta una serie di misure*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2025, p. 222 ss.).

Nel suo programma la Commissione aspira a rendere l'Unione il posto ove le tecnologie e i servizi sono inventati, fabbricati e commercializzati, al contempo conservando il proprio obiettivo di primo continente a impatto climatico zero. La Bussola definisce l'impostazione da seguire e le relative misure da adottare per stimolare la competitività nelle tre aree di intervento individuate nella Relazione Draghi: innovazione, decarbonizzazione e sicurezza.

Allo scopo di perseguire le azioni formulate nel piano, la Commissione affianca una politica degli interventi rivolti alla riduzione degli oneri amministrativi e alla semplificazione della relativa legislazione in favore delle imprese (si stima che per due terzi delle imprese questi oneri costituiscano un ostacolo negli investimenti di lungo periodo, cfr. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bussola per la competitività dell'UE, COM (2025) 30final, p. 17). L'eccessiva regolamentazione è stata infatti individuata nel Report di Draghi come un effettivo ostacolo all'avanzamento economico europeo (per un maggiore approfondimento, cfr. N. DIVISSENKO, *From Draghi Report to the European Commission's Regulatory Agenda: Regulatory Transformation or Deregulation?*, in *European Law Blog*, 26 March 2025) e il Consiglio dell'UE ha sollecitato una "rivoluzione di semplificazione" nella Dichiarazione di Budapest sul nuovo patto per la competitività dell'8 novembre 2024.

In seno alla procedura di semplificazione, la Commissione ha presentato il 26 febbraio 2025 un primo pacchetto di proposte di modifica di atti legislativi, denominato *Omnibus I*, rivolto alla semplificazione delle regole relative ai rapporti tra imprese e diritti umani, la cui elaborazione è stata preceduta da una fase di consultazione con i stakeholders (*Staff Working Document Accompanying the documents* COM (2025) 80final – COM (2025) 81final; *Call for evidence on the rationalisation of reporting requirements*). Ad essere interessate sono specialmente le discipline relative alla rendicontazione sostenibile e alla *due diligence* delle imprese, il cui processo di adozione legislativo è stato particolarmente travagliato. L'intento perseguito è quello di alleggerire di almeno del 25% gli oneri amministrativi in capo alle imprese in generale e del 35% quelli che interessano le piccole e medie imprese a fronte di un risparmio di costi di € 6 miliardi annui dovuti a spese amministrative.

2. Accanto alla proposta di semplificazione e rafforzamento del meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere (COM (2025) 87final) (che non sarà oggetto di approfondimento del presente contributo), il pacchetto *Omnibus I* contempla due proposte di direttiva (COM (2025) 80final e COM (2025) 81final, cit.) rivolte a emendare alcuni elementi chiave dell'attuale assetto normativo, specialmente della direttiva (UE) 2022/2464 sulla rendicontazione sostenibile (CSRD) e della direttiva (UE) 2024/1760 sul dovere di diligenza delle imprese (CSDDD).

Prima di illustrare le principali e rilevanti modifiche introdotte in ambito di *due diligence*, ci si soffermerà brevemente sulla direttiva in materia di rendicontazione sostenibile, strumento complementare al primo e protagonista anch'esso di rilevanti emendamenti.

La CSRD, entrata in vigore il 5 gennaio 2023, impone obblighi di trasparenza alle imprese sull'impatto delle loro attività in materia di sostenibilità (intesa come l'insieme dei "fattori ambientali, sociali, relativi ai diritti umani e di governance" art. 2, punto 17) e sul modo in cui questo influisce sul loro andamento.

In forza di questo strumento le società coinvolte devono rendere noto, in una sezione apposita della loro relazione sulla gestione, le strategie aziendali, gli obiettivi prefissati, le politiche, i relativi rischi e gli avanzamenti in termini di sostenibilità nonché gli organi preposti in tale settore. Inoltre, nella relazione, l'impresa deve indicare le procedure di *due diligence* attuate, gli impatti negativi, effettivi o potenziali, legati alla propria attività di impresa e alla sua catena di valore, nonché le azioni intraprese per prevenirli, attenuarli, provi rimedio e arrestarli.

Tale comunicazione favorisce da un canto il raggiungimento di scelte consapevoli da parte degli investitori, dall'altro mette i cittadini nelle condizioni di conoscere l'impegno delle imprese in termini di sostenibilità (direttiva (UE) 2022/2464, cit., considerando n. 9; E. CORCIONE, *Meno diritti umani, più competitività? Alcune considerazioni sul pacchetto Omnibus proposto dalla Commissione europea*, in *SIDIBlog*, 17 marzo 2025).

La relativa comunicazione deve avvenire conformemente ai principi europei di rendicontazione di sostenibilità (ESRS) che la Commissione adotta mediante atti delegati (allo stato una prima serie di ESRS sono già operativi in tutti i settori, cfr. regolamento delegato (UE) 2023/2772 della Commissione, del 31 luglio 2023, che integra la direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i principi di rendicontazione di sostenibilità; per un maggiore approfondimento, v. D. J. V. BLANCO, D. BARDEL, *Las nuevas obligaciones de información corporativa en materia de sostenibilidad en la Unión Europea: la Directiva (ue) 2022/2464 y la naturaleza*

de sus normas, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. 70, 2024, p. 159 ss.; T. PANTAZI, *The Introduction of Mandatory Corporate Sustainability Reporting in the EU and the Question of Enforcement*, in *European Business Organization Law Review*, n. 25, 2024, p. 514 ss.).

Il termine di recepimento della direttiva era fissato al 6 luglio 2024 (ad oggi 19 Stati l'hanno già trasposta) e prevede che gli obblighi di rendicontazione si applichino gradualmente a seconda delle caratteristiche e delle dimensioni delle imprese, iniziando da quelle di grandi dimensioni per poi estendersi sino alle PMI quotate. Le grandi imprese e gli enti di interesse pubblico con più di 500 dipendenti, appartenenti al primo gruppo, ai sensi dell'art. 5, comunicheranno per la prima volta nel 2025 le informazioni relative agli obblighi di rendicontazione stilati all'art. 1 dell'esercizio del 2024.

Le principali proposte di modifica avanzate dal pacchetto *Omnibus* sono tre: la riduzione del numero di società soggette agli obblighi di rendicontazione, il differimento temporale della loro applicazione alle imprese e i contenuti delle informazioni da trasmettere.

L'aspetto di maggior rilievo è certamente il primo. Con la sua proposta la Commissione limita il numero di imprese soggette agli obblighi vincolanti di rendicontazione di circa l'80%, comprendendo esclusivamente le imprese con un numero di dipendenti superiore a 1000. Pertanto, alcune società che in vigore della direttiva rientrano nella prima fase, potrebbero, con l'approvazione della proposta, essere esentate in futuro. Questa soglia permetterebbe un allineamento con le imprese destinatarie della direttiva *due diligence*.

In secondo luogo, con la proposta COM (2025) 80final, cit., si rinvia di due anni l'entrata in vigore degli obblighi di rendicontazione al fine di evitare che alcune imprese, rispettivamente parte del secondo e terzo gruppo, siano tenute a comunicare le informazioni per l'esercizio 2025 e 2026 per poi essere definitivamente esentate.

Infine, per perseguire gli obiettivi di semplificazione e riduzione degli oneri alle imprese, la proposta limita la quantità di informazioni che le imprese dovranno in futuro trasmettere, sopprimendo l'ipotesi di adozione di atti delegati concernenti principi di rendicontazione settoriali e introducendo una revisione della prima serie di ESPR da parte della Commissione (per un approfondimento sul tema, cfr. A. BERTRAM, *How the EU Omnibus Package Roll Back the Green Deal*, in *verfassungsblog.de*, 20 March 2025).

3. Prima di analizzare le principali modifiche proposte dalla Commissione sulla direttiva *due diligence*, si rende opportuno delineare i suoi profili fondamentali.

Nel quadro dell'azione legislativa dell'Unione europea a proposito di business e diritti umani il 13 giugno 2024 è stata firmata la direttiva (UE) 2024/1760 sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità. L'iter di approvazione è stato tutt'altro che agevole e la sua formulazione finale si distanzia notevolmente dalla proposta della Commissione del 2022 (COM (2022) 71final) e dalla risoluzione del Parlamento del 2021 (2021/C 474/02) che ne raccomandava la sua adozione (F. CECI, *Considerazioni critiche sull'ambito di applicazione e altri profili sistematici della recente proposta di direttiva sul dovere di diligenza ai fini della sostenibilità*, in questa *Rivista*, 2023, p. 159 ss.).

In virtù dei principi guida delle Nazioni Unite su impresa e diritti umani, nonché delle linee guida per le imprese multinazionali dell'OSCE, la direttiva impone alle società destinatarie il rispetto del dovere di diligenza in materia di diritti umani e dell'ambiente nell'ambito delle proprie attività, di quelle delle loro filiazioni e dei loro partner commerciali appartenenti alla medesima catena di attività (alla cui definizione si rimanda all'art. 3).

Segnatamente, le imprese coinvolte sono chiamate a integrare nelle proprie politiche e sistemi di gestione dei rischi il dovere di diligenza necessario a individuare e valutare, prevenire, arrestare o minimizzare, individuando se necessario un ordine di priorità, gli impatti negativi, effettivi o potenziali, sui diritti umani e sull'ambiente connessi alle loro attività, e, in caso di loro verifica, provvedere alla relativa riparazione. In aggiunta, il testo legislativo prevede una procedura di reclamo a beneficio delle persone che nutrono un timore su questi impatti, di monitoraggio dell'efficacia della politica, mediante valutazioni periodiche, nonché un obbligo di comunicazione annuale da parte delle imprese sulle materie disciplinate dalla direttiva (A. BONFANTI, *Corporate Sustainability Due Diligence Directive: a Human Rights-Based Assessment*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, n. 4, 1° dicembre 2024, p. 859 ss.).

Un'attenzione particolare merita l'estensione degli obblighi conseguenti al dovere di diligenza sotto il profilo sia soggettivo sia oggettivo.

Con riferimento al primo, sono tenute al rispetto delle politiche di *due diligence* la totalità delle imprese operanti nel mercato interno che soddisfanno determinati requisiti dimensionali quanto al numero di dipendenti e di fatturato. In tal senso, la direttiva trova indistintamente applicazione sia nei confronti delle società europee sia delle società extraeuropee, ossia rispettivamente costituite in ossequio alla normativa di uno Stato membro le prime e quella di uno Stato terzo le seconde.

Con riferimento al profilo oggettivo, le imprese destinatarie della diretti-

va devono controllare che la *due diligence* sia rispettata lungo l'intera catena di valore, ricomprendendovi tutti i partner commerciali diretti e indiretti a monte e, con alcune limitazioni, quelli a valle (alla cui definizione si rimanda all'art. 3). È quindi evidente che i partner che ricadono nell'ambito di operatività della direttiva se vogliono proseguire le loro relazioni commerciali con le società operanti nel mercato europeo dovranno adeguare le loro politiche impostandole in un'ottica di collaborazione. Lo stesso vale per le piccole medie imprese che, pur non dovendo direttamente rispettare la direttiva per motivi dimensionali, sono vincolate a promuovere e salvaguardare i diritti umani e l'ambiente quando ricoprono il ruolo di partner commerciali della società leader (cfr. C. PIRES, *The Impact of the Ongoing European Legislative Process regarding Corporate Sustainability Due Diligence on Contracts between Companies and their Partners*, in *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, n. 1, 2024, p. 45 ss.).

L'ambito di applicazione così esteso della direttiva rappresenta uno degli aspetti di suo maggior rilievo. Invero, il legislatore aspira a esportare gli standard di sostenibilità europei, in materia di diritti umani e ambiente, oltre i confini mediante sia una via diretta – imponendo il suo rispetto anche alle società non europee operanti nel mercato interno – sia indiretta esigendo una politica di adeguamento anche da parte dei partner attivi nella medesima catena.

Un ulteriore aspetto degno di nota afferisce l'introduzione della responsabilità civile delle imprese all'art. 29. Qualora la società non abbia ottemperato agli obblighi di prevenzione, attenuazione o arresto degli impatti negativi nell'ambito delle sue attività, essa può essere ritenuta responsabile del danno causato a una persona fisica o giuridica, la quale avrà diritto al relativo risarcimento del danno. Le società destinatarie della direttiva, europee e non europee, che non hanno rispettato le norme di *due diligence* sono quindi tenute a rispondere dei danni causati indipendentemente che si siano verificati all'interno o all'esterno dell'UE. Queste sono responsabili non solo delle eventuali violazioni commesse direttamente, ma altresì di quelle delle filiazioni e dei partner commerciali diretti e indiretti congiuntamente a questi purché vi abbiano in qualche misura contribuito (art. 29, par. 1, comma 2).

Si tratta questa di una disposizione che deve essere accolta con favore in quanto molteplici sono i benefici a essa conseguenti: in primo luogo tutela la concorrenza tra le imprese, imponendo loro di sopportare gli stessi costi per i danni causati; in secondo luogo, disincentiva la prassi di trasferimenti fittizi e formali presso Stati terzi che offrono minori garanzie alle vittime; in terzo luogo, favorisce una diffusione estesa degli standard di protezione

europei (G. CARELLA, *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e di diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla due diligence societaria ai fini di sostenibilità*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2022, p. 20. Sul punto, si segnalano altresì le difficoltà che detto regime di responsabilità civile genera sotto il profilo di diritto internazionale privato, cfr. F. MARONGIU BUONAIUTI, *L'incidenza della disciplina della giurisdizione nelle azioni nei confronti delle società multinazionali per danni all'ambiente sul diritto di accesso alla giustizia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, p. 648 ss.; R. GRECO, *La direttiva sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: quale portata extra UE?*, in *SIDIBlog*, 20 settembre 2024; E. BERGAMINI, M. FERRARI, *La responsabilità civile delle società multinazionali quale strumento per promuovere la sostenibilità del mercato: l'applicazione della direttiva due diligence e i problemi derivanti dalle regole di diritto internazionale privato*, in L. RUGGERI, S. ZUCCARINO (a cura di), *Persona e mercati nel prisma della sostenibilità*, Napoli, 2024, p. 15 ss.).

4. Dalle opinioni raccolte degli stakeholders una delle principali esigenze di modifica emersa e condivisa dalla Commissione, è stata individuata nell'esigenza di posticipazione sia del termine di recepimento, inizialmente previsto per il 26 luglio 2026, sia di quello di applicazione degli obblighi di *due diligence* alle imprese. Con riferimento a quest'ultimo profilo la direttiva prevede una sua attuazione graduale, suddivisa in tre fasi a cadenza annuale, a seconda delle caratteristiche delle società coinvolte, con partenza dal 26 luglio 2027. Invero, nella proposta (COM (2025) 80final, cit.) i summenzionati termini sono rimandati ciascuno di un anno.

La necessità di questo rinvio si spiega nella concessione alle imprese interessate del tempo indispensabile per conformare i propri sistemi. Al contempo, al fine di favorire un loro corretto adeguamento, la Commissione ha previsto un'anticipazione dei relativi termini per l'emanazione dei suoi orientamenti rivolti a fornire un'assistenza alle società e alle autorità degli Stati membri nella definizione delle modalità pratiche per adempiere gli obblighi relativi al dovere di diligenza, alcuni dei quali potrebbero pertanto essere già disponibili dal 26 luglio 2026.

In tal guisa, le imprese si avvarranno di due anni per assettare e organizzare i loro apparati conformemente alle linee guida della Commissione (sul punto cfr. M. CASTELLANETA, *Due diligence: la Commissione prova a chiarire gli obblighi previsti dalla direttiva sulla diligenza e i rapporti con le direttive settoriali*, in *marinacastellanetablog*, 1° agosto 2024).

Accanto alla proposta di rinvio, la Commissione ha presentato, con la proposta (COM (2025) 81final, cit.), un insieme di modifiche sostanziali del testo legislativo, due delle quali determinano un consistente cambiamento nella struttura della direttiva.

La prima di queste riguarda l'operatività delle misure di *due diligence* verso i partner commerciali diretti (ossia coloro con i quali l'impresa ha concluso un accordo commerciale) e indiretti (ossia coloro che svolgono con l'impresa attività commerciali connesse).

La direttiva nella sua versione attuale prevede che le società sue destinatarie innanzitutto mappino le proprie attività, quelle delle loro filiazioni e, se collegate alle proprie catene di attività, quelle dei partner commerciali, diretti e indiretti, allo scopo di identificare i settori generali in cui è verosimile la verifica di impatti negativi di una certa gravità. Conclusa questa fase, alla luce dei risultati emersi, la società effettua un esame approfondito delle sue attività, delle sue filiazioni e degli eventuali partner commerciali nei settori in cui è stata individuata questa maggiore probabilità (art. 8).

Diversamente, la proposta di direttiva interviene proprio sull'estensione di questo dovere, limitando la mappatura e la conseguente valutazione approfondita ai partner commerciali diretti, salvo due eccezioni. Il legislatore europeo, pur essendo consapevole che la stragrande maggioranza degli impatti negativi su ambiente e diritti umani si verifichi lungo la catena di attività, presso le società più lontane alla capogruppo, ha ciononostante optato per questa scelta (COM (2025) 81final, Explanatory Memorandum, p. 13). Invero, è proprio durante la fase di iniziale produzione o approvvigionamento delle materie prime – per quanto concerne i partner a monte – e la fase di trasporto – per quelli a valle – che sovente si verificano gravi violazioni dei diritti umani (*Staff Working Document Accompanying the documents*, cit., p. 35; E. CORCIONE, *op. cit.*).

Tuttavia, il controllo nei confronti dei partner indiretti potrebbe avvenire in due ipotesi: se la società leader dispone di “informazioni plausibili” circa la verifica effettiva o potenziale di un impatto negativo oppure se la natura indiretta del rapporto con il partner sia il risultato di una “costruzione artificiosa” da cui supporre un'elusione dei controlli previsti per i partner diretti. In tali circostanze, l'impresa sarà quindi tenuta a svolgere l'ordinaria valutazione approfondita.

Inoltre, il legislatore specifica che le informazioni sul partner indiretto possono considerarsi “plausibili” quando: “la società abbia ricevuto un reclamo o sia a conoscenza di notizie credibili diffuse da ONG o dai media in merito ad attività dannose a livello di fornitore indiretto, qualora sia al

corrente di incidenti passati che hanno coinvolto il fornitore o qualora, attraverso i suoi contatti commerciali, sappia di problemi in un determinato luogo (ad esempio, una zona di conflitto)” (COM (2025) 81final, Explanatory Memorandum, cit., p. 18).

In un’ottica compensativa della nuova struttura così delineata, il legislatore ha previsto che la società leader debba impegnarsi nel far rispettare il proprio codice di condotta, richiedendo garanzie contrattuali, al partner diretto, il quale a sua volta dovrebbe ottenere equivalenti condizioni da parte dei suoi partner commerciali (art. 8, par. 2 *bis*, della proposta COM (2025) 81final).

Ferme le difficoltà di comprensione della portata della nozione di “informazioni plausibili”, dall’impostazione così elaborata si evince un approccio non solo diretto a limitare l’attenzione verso la tutela dei diritti umani, ma altresì un’omessa valorizzazione delle catene di valore maggiormente competenti in ambito *due diligence* e, per contraltare, uno sforzo maggiore diretto a indagare eventuali elusioni della normativa (*Staff Working Document Accompanying the documents*, cit., p. 35).

Questo nuovo impianto si allontana notevolmente da quello elaborato con i principi delle Nazioni Unite diretti a estendere il controllo sull’intera catena di valore e si avvicina, invece, a quello tedesco, focalizzato sulla responsabilità dei fornitori diretti e che eventualmente si dilata su quelli più lontani nella catena di attività solo in caso di “available information” circa la presenza di un impatto negativo (*Staff Working Document Accompanying the documents*, cit., p. 18; E. CORCIONE, *op.cit.*).

Inoltre, sempre con riferimento ai rapporti con i partner commerciali, nell’incapacità di arrestare o minimizzare l’entità degli impatti negativi potenziali o effettivi da loro causati, la direttiva prevede che l’impresa leader debba astenersi da avviare o prolungare i rapporti con il suddetto partner e pertanto, qualora si tratti di un danno grave, optare per cessare definitivamente o, quanto meno, sospendere la relativa relazione commerciale (considerando n. 57, art. 10, par. 6, lett. b, della direttiva (UE) 2024/1760)).

Con l’ultima proposta, la cessazione del rapporto, come *extrema ratio*, non trova più spazio, rimanendo quindi esclusivamente la possibilità da parte della società destinataria della direttiva di sospendere la relazione quando le misure di *due diligence* da lei adottate per arrestarlo sono risultate inefficaci, salvo che le conseguenze derivanti da tale sospensione siano più gravi dell’impatto stesso (art. 10, par. 6 della proposta).

Il secondo rilevante emendamento riguarda la soppressione del regime comune di responsabilità civile extraterritoriale previsto dalla direttiva.

Il legislatore ha infatti soppresso il paragrafo che introduceva le condizioni per ritenere sussistente la responsabilità civile per i danni ambientali e sui diritti umani causati dalla violazione delle norme di *due diligence* da parte delle imprese (art. 29). È stato invece mantenuto il diritto al pieno risarcimento in capo alla società responsabile “a norma del diritto nazionale” del danno causato per mancato rispetto degli obblighi di *due diligence*. Questa modifica risponde alle richieste di lasciare alla legislazione nazionale la regolamentazione delle condizioni specifiche di responsabilità, anche sotto il profilo della causalità e della colpa (*Staff Working Document Accompanying the documents*, cit., p. 40).

È inoltre eliminato il diritto delle vittime di rivolgersi a un sindacato o a un'ONG che provveda a instaurare una causa per far valere i suoi diritti derivanti dalla lesione subita (art. 29, par. 3, lett. d), direttiva (UE) 2024/1760). Se da un canto, la presente rimozione potrebbe ridurre gli oneri in capo alle imprese giacché le stesse azioni giudiziarie potrebbero diminuire, dall'altro potrebbe conseguirci una frammentazione delle cause ove ciascuna vittima cita le imprese individualmente. È quindi, a questo stadio, difficile comprendere concretamente se si sia dinanzi a una semplificazione (*Staff Working Document Accompanying the documents*, cit., p. 40).

Infine, anche la disposizione che conferiva carattere di norma di applicazione necessaria alle norme di diritto nazionale che recepivano il regime di responsabilità delineato, qualora ad essere applicabile fosse il diritto di uno Stato extra europeo, è stata soppressa. Si trattava peraltro dell'unica disposizione, nell'intero testo, che si occupava di un profilo di diritto internazionale privato (art. 29, par. 7).

Infine, si rinviengono ulteriori modifiche di rilievo avanzate dalla proposta, tra cui la riduzione della frequenza minima a cinque anni (anziché ogni 12 mesi) della valutazione sull'adeguatezza ed efficacia delle misure relative al dovere di diligenza lungo l'intera catena di valore da parte delle società; le modalità di imposizione delle sanzioni pecuniarie pubbliche in caso di violazione delle norme, in particolare è conferito alla Commissione di elaborare degli orientamenti in materia di sanzioni, così eliminando ogni riferimento all'importo massimo della somma; è infine all'art. 13 limitato il dialogo solo con i portatori di interessi definiti “pertinenti”.

5. Le tensioni commerciali che stanno caratterizzando questa epoca storica combinate alla diversa attenzione prestata dagli ordinamenti non europei in termini di sostenibilità e protezione dei diritti umani hanno accelerato questo cambio di marcia nell'avanzamento dell'UE verso una transizione ecologica-sociale.

La presentazione del pacchetto *Omnibus I* ha destato particolari preoccupazioni in termini di incertezze da parte dell'impresa, soprattutto con riguardo alle modifiche proposte in materia di rendicontazione, considerato che alcune società appartenenti alla seconda o terza ondata potrebbero aver già avviato un adeguamento dei loro assetti persuasi dalla roadmap europea e oggi trovarsi in una situazione di stallo (A. BERTRAM, *op.cit.*).

Al contempo, però, le titubanze relative all'approvazione del differimento dell'entrata in vigore degli imminenti obblighi di rendicontazione e di *due diligence* sono state rapidamente dipanate: il 14 aprile 2025 anche il Consiglio ha approvato la direttiva (UE) 2025/794, anche denominata "Stop the clock", che disciplina il rinvio dell'applicazione delle due direttive (posizione favorevole era già stata raggiunta dal Parlamento il 3 aprile).

La nuova configurazione delle direttive CSRD e CSDDD, con riferimento particolare a quest'ultima, sebbene limiti l'estensione del suo impatto esterno ai rapporti con i partner diretti e rimuova un importante deterrente, quale la responsabilità civile, non altera completamente la loro struttura mantenendo, seppure in una forma rivisitata, gli obiettivi strategici da loro perseguiti.

Rimane quindi da seguire con particolare interesse l'iter di approvazione della proposta al fine di indagare l'equilibrio che le istituzioni riusciranno a raggiungere tra competitività e sostenibilità.

Abstract (ita)

La politica sulla competitività dell'UE ha imposto una rivalutazione delle regole sui rapporti tra business e diritti umani in ottica di semplificazione. Il presente contributo, dopo aver brevemente analizzato gli emendamenti proposti sulla direttiva (UE) 2024/2464 in materia di rendicontazione sostenibile, si sofferma sulle principali caratteristiche della direttiva *due diligence* e di come la proposta della Commissione aspiri a modificarla.

Abstract (eng)

The EU's competitiveness policy has imposed a reassessment of the rules governing the relationship between business and human rights through the lens of simplification. After a brief analysis of the proposed amendments to the Sustainable Reporting Directive (EU) 2024/2464, the paper focuses on the key aspects of the Due Diligence Directive and the amendments proposed by the Commission.

THE DATA PROTECTION PROVISIONS IN THE NEW EU-CHILE INTERIM TRADE AGREEMENT: A STEP FORWARD FROM THE PAST

Gabriele Rugani (Post-Doc Researcher in European Union Law and Public Comparative Law – University of Pisa) – 12 maggio 2025

SUMMARY: 1. Introduction: preliminary remarks and aims of the contribution. – 2. The data protection provisions included in previous EU international agreements. – 3. The shortcomings of the provisions included in previous EU international agreements. – 4. The 2018 Horizontal provisions, endorsed by the Commission to be inserted in subsequent agreements. – 5. Some negative examples of the implementation of the Horizontal provisions: the EU-UK TCA and the EU-Japan deal on data flows. – 6. The EU-Chile ITA as a positive example of the implementation of the Horizontal provisions. – 7. Concluding remarks on the influence of the EU position on privacy and personal data protection.

1. On Saturday 1 February 2025, the Interim Trade Agreement (ITA) between the European Union and Chile entered into force, following the completion of Chile's ratification process. The parties had negotiated between 2017 and 2022 to modernise the previous EU-Chile Association Agreement (in force since 2003). On 9 December 2022, a political conclusion was reached and, on 13 December 2023, the modernised Agreement was signed.

The latter, in truth, is composed of two parallel legal instruments: the Advanced Framework Agreement (AFA), that includes the political and cooperation pillar, and the trade and investment pillar (inclusive of investment protection provisions), subject to ratification by all Member States; and the ITA itself, covering only those parts of the trade and investment pillar of the AFA that are of EU exclusive competence (i.e. not including the investment protection provisions), adopted through the EU-only ratification process. While the ITA is now in force, the AFA will enter into force if and when all EU Member States have completed their respective ratification processes. In that case, the ITA would cease to exist and would be replaced by the AFA (EUROPEAN COMMISSION, *Press Release – EU-Chile Interim Trade Agreement enters into force*, February 2025).

Given the above, this contribution will not analyse the whole EU-Chile ITA, but will take into consideration two specific provisions: we refer to art. 19.5, devoted to “Cross-border data flows”, and art. 19.6, dedicated to

“Protection of personal data and privacy”. Similar articles are clearly aimed at balancing two conflicting interests: on the one hand, the need to favour international data transfers, in order to foster the expansion of global trade; on the other hand, the need to ensure the fundamental rights to privacy and personal data protection (enshrined in articles 7 and 8 of the Charter of Nice), which might require imposing limitations on those same transfers. This paper will compare the abovementioned provisions with the ones concerning the same matters included in previous agreements, and will highlight the reasons why similar articles represent a step forward from the past and should be welcomed.

2. First of all, it must be remembered that articles on data flows and data protection can also be found in some international agreements – having (at least partially) commercial nature – concluded by the EU in the second decade of the 21st century (on the EU’s new generation trade agreements, see for instance: L. PASQUALI, *Il contributo dell’accordo UE – Mercosur alla governance internazionale dell’ambiente*, in *Nomos*, 2020, pp. 179-200; ID., *The EU-MERCOSUR Agreement as Source of Development of Specific Global Norms and Standards*, in C. GARCÍA SEGURA, J. IBÁÑEZ, P. PAREJA (dirs.), *Actores Regionales y Normas Globales: la Unión Europea y los BRICS como Actores Normativos*, Valencia, 2021, pp. 131-142). We refer, for example, to the Free Trade Agreement (FTA) with South Korea (2010), the Trade Agreement with Colombia-Peru-Ecuador (2012), the two Association Agreements with Central America (2012) and Ukraine (2014), the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) with Canada (2016), the Economic Partnership Agreement (EPA) with Japan (2018) and the FTAs with Singapore (2018) and Viet Nam (2019).

The articles in such agreements are formulated as follows. Their first part represents a “data flows commitment”, i.e. a commitment to allow the free flow of information between the parties, given the importance of cross-border data transfers in fostering the expansion of international trade. Their second part, instead, is the true “data protection provision”, i.e. a provision designed to ensure the rights to privacy and to personal data protection through the obligation to adopt or maintain “adequate safeguards”; sometimes alternative expressions are used, such as “appropriate safeguards” or “appropriate measures”, but “adequate safeguards” is the most frequent (on the point see, for instance: S. YAKOVLEVA, K. IRION, *Pitching trade against privacy: reconciling EU governance of personal data flows with external trade*, in *International Data Privacy Law*, 2020, pp. 201-221).

It must be pointed out that the articles at stake are usually inserted in the parts of EU agreements concerning the financial services sector and the telecommunication services sector. It is not surprising: the former is one of the most pertinent sectors for digital economy, but it also raises significant issues and the public is particularly concerned about the processing of personal financial data. Similar considerations also apply to the latter: its importance for the digital economy is unquestionable, but its intensive use of data increases the demand for an appropriate protection.

3. The provisions mentioned so far, however, raise relevant critical issues, which risk undermining their capacity to effectively ensure the fundamental rights to privacy and personal data protection.

First of all, the “safeguards” must often comply with various limits and conditions, which are typical of international trade law and are intended to address protectionist practices. Sometimes their implementation is “subject to the requirement that these measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on trade” (e.g., art. 15.3 CETA). In other cases, their adoption must happen “without restricting trade in services” (e.g., art. 8.27 EU-Singapore FTA; art. 8.36 EU-Viet Nam FTA). In further instances, it is specified that the measures cannot be used to circumvent the provisions of the agreements concerned (e.g., art. 8.54 EU-Singapore FTA; art. 8.45 EU-Viet Nam FTA). It is immediately clear that the respect for the commitments to allow data flows, which are essential for international trade, remains the priority compared to the protection of privacy and personal data (on the point see, for instance: S. YAKOVLEVA, *Should Fundamental Rights to Privacy and Data Protection be a Part of the EU's International Trade 'Deals'?*, in *World Trade Review*, 2018, pp. 477-508).

Another consideration concerns the fact that the safeguards must be “adequate”. In the EU legal order, this term – as interpreted by the CJEU in the context of the Schrems saga – ensures a protection which is extremely high, and in particular “essentially equivalent” to that of the EU: this is because the Court interprets it in the light of articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the EU. However, the settlement of the disputes concerning the interpretation of trade agreements does not fall within the jurisdiction of the CJEU, but of supranational bodies established by such agreements: the latter, in case of a dispute, are not obliged at all to interpret the “adequate safeguards” in the light of the CFREU. The same terminology does not imply the same meaning: the “adequacy” in EU bilateral trade

agreements has no precise obligational content, and is likely to provide a lower protection than the “adequacy” stated by the CJEU (on the point see, for instance: A. WESSEL, *CETA will harm our privacy*, in *Foundation for a Free Information Infrastructure (FFII) Blog*, 2016).

Moreover, the adjudicators established by trade agreements are unlikely to give the due weight to the protection of fundamental rights. As authoritatively stated, specialist courts and tribunals tend to become over-enthusiastic about defending the purpose for which they were set up, which in this case is progressive trade liberalisation, that prevails over competing interests given the object and purpose of the agreement (on the point see, for instance: A. WESSEL, *Broken data protection in EU trade agreements*, in *Foundation for a Free Information Infrastructure (FFII) Blog*, 2016).

In brief, the provisions illustrated above give clear priority to the needs of international trade, at the expense of EU fundamental rights to privacy and personal data protection.

4. In truth, the described issues have not been completely neglected: in recent years, a solution has been explored. In 2018, following the exhortations of the European Parliament, the European Commission endorsed a new mechanism: the “Horizontal provisions for cross-border data flows and for personal data protection”, to be inserted in subsequent EU trade agreements in place of “old-fashioned” provisions. On the one hand, the first clause contains data flows commitments, which cover all economic sectors (they are not limited to specific fields such as financial or telecommunication services): precisely for this reason, the clauses are referred to as “horizontal”. On the other hand, the second clause is devoted to personal data protection and privacy, that are recognised by the parties as *fundamental rights*; moreover, the formulation of the provision at stake, which is very different from the past, is aimed at enabling the compliance with the EU legal framework on personal data, which would be *completely excepted* from EU trade commitments (on the Horizontal provisions, see for instance: S. YAKOVLEVA, K. IRION, *Toward Compatibility of the EU Trade Policy with the General Data Protection Regulation*, in *AJIL Unbound*, 2020, pp. 10-14).

At the moment, the EU is attempting to include similar clauses in several agreements which are currently under negotiation. Among these, we can cite the FTA with Indonesia, negotiated since 18 July 2016; the agreement with Australia, whose negotiations were authorised on 22 May 2018; and the Deep and Comprehensive Free Trade Agreement with Tunisia, whose negotiations were launched on 13 October 2015 (on the point see, for instance:

M. BURRI, *Cross-border data flows and privacy in global trade law: has trade trumped data protection?*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2023, pp. 85-97; E. FAHEY, *Does the EU's Digital Sovereignty Promote Localisation in Its Model Digital Trade Clauses?*, in *europeanpapers.eu*, 2023, pp. 503-511).

5. Some initial examples of the implementation of the Horizontal clauses, however, have not been encouraging.

The case of the Trade and Cooperation Agreement (TCA) between the EU and the United Kingdom (signed on 30 December 2020 and entered into force on 1 May 2021) is particularly emblematic. In this agreement, there are two provisions that should correspond to the first and second articles of the Horizontal clauses, i.e. art. 201, concerning “Cross-border data flows”, and art. 202, concerning “Protection of personal data and privacy”. However, while art. 201 is largely consistent with the first article of the Horizontal provisions, the same cannot be said for art. 202, which departs from the second article of the clauses in the most important aspects. Firstly, its par. 1 enshrines the “right to the protection of personal data and privacy”, but it does not refer to such right as “fundamental”. Secondly, its par. 2, due to its wording, does not fully safeguard the way the EU regulates the matter: indeed, the “measures on the protection of personal data or privacy” are conditioned on providing for “instruments enabling transfers”. Such different formulation, less attentive to fundamental rights, has been deeply criticised by the European Data Protection Supervisor (European Data Protection Supervisor, *Opinion 3/2021 on the conclusion of the EU and UK trade agreement and the EU and UK exchange of classified information agreement*, 22 February 2021).

Something very similar can be repeated with regard to the EU-Japan deal on data flows (signed on 28 October 2023 and entered into force on 1 July 2024), that amended the abovementioned EU-Japan EPA. The “new” articles 8.81, on “Cross-border transfer of information by electronic means”, and 8.82, on “Protection of Personal Data”, should correspond to the Horizontal provisions. However, also in this case, the second article shows significant differences from the original text of the clauses: this has led, once again, to strong criticism from the EDPS (European Data Protection Supervisor, *Opinion 3/2024 on the signing and conclusion on behalf of the European Union, of the Protocol amending the Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership regarding free flow of data*, 10 January 2024).

As someone pointed out, such cases can be considered as “revealing of

the limited influence of the EU position” (L. BRÄNNSTRÖM, *Global Inequality and the EU International Law Position on Cross-Border Data Flows*, in *Nordic Journal of International Law*, 2023, pp. 119-137).

6. Instead, the provisions included in the EU-Chile Interim Trade Agreement undoubtedly represent a positive example of the implementation of the Horizontal clauses.

On the one hand, with regard to “Cross-border data flows”, art. 19.5 states that the parties “are committed to ensuring cross-border data flows to facilitate digital trade”. To that end, such flows shall not be restricted between the parties through the use of specific techniques, which are listed in detail.

On the other hand, even more importantly for our purposes, with reference to the “Protection of personal data and privacy”, art. 19.6 provides as follows: “1. Each Party recognises that the protection of personal data and privacy is a *fundamental right* [emphasis added] and that high standards in that regard contribute to trust in the digital economy and to the development of trade. 2. Each Party may adopt and maintain the *measures it deems appropriate* [emphasis added] to ensure the protection of personal data and privacy, including the adoption and application of rules for the cross-border transfer of personal data. *Nothing in this Agreement shall affect the protection of personal data and privacy* [emphasis added] afforded by the measures of a Party”.

The abovementioned provisions correspond quite faithfully to the Horizontal clauses as endorsed by the EU Commission in 2018 and must be welcomed for the reasons that follow.

Firstly, privacy and data protection are recognised as fundamental rights, a qualification that implies particularly stringent conditions on their limitations, which must in any case respect their essence (on the point see, for instance: L. H. TRIBE, M. C. DORF, *Levels of Generality in the Definition of Rights*, in *University of Chicago Law Review*, 1990, pp. 1057-1108; K. LENAERTS, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, in *German Law Journal*, 2019, pp. 779-793).

Secondly, each party may adopt and maintain, in order to ensure the protection of such rights, the measures *it deems appropriate*. As someone has defined it, this is a “self-judging exception” with a much broader scope than the ones examined so far, which are often subject to several limits and conditions (D. GERAETS, P. VANDER SCHUEREN, *Exporting the EU Privacy Regime Through Trade Instruments?*, in *Mayer Brown*, 2018). Moreover, it is established that nothing in the agreement in question shall affect the protection afforded by the respective measures of the parties concerning personal data and privacy.

In brief, the provision is worded in such a way that it does not prevent the adoption – on the basis of the EU internal legal framework – of any kind of measures to protect privacy and personal data, including limitations of personal data flows to Chile. The EU data protection *acquis* ends up being excluded from the trade commitments undertaken by the Union.

7. At this point, some concluding remarks can be made.

In 2018, the EU Commission endorsed the “Horizontal provisions for cross-border data flows and for personal data protection”, to be inserted in subsequent EU trade agreements in place of “old-fashioned” articles, whose wording does not sufficiently guarantee the fundamental rights to privacy and personal data protection. Some initial examples of the implementation of the Horizontal clauses, however, have not been encouraging: in particular, the EU-UK TCA and the EU-Japan deal on data flows include articles that – although seemingly inspired by the abovementioned provisions – depart from them in the most important aspects.

The EU-Chile ITA, by contrast, represents a positive example of the implementation of the Horizontal clauses, which are quite faithfully reproduced in articles 19.5 and 19.6. The latter, in particular, qualifies privacy and data protection as fundamental rights, and fully excludes EU rules on the matter from trade commitments.

It must be added that this is not the only case of effective inclusion of the Horizontal clauses in a trade agreement of the Union: such provisions have also been incorporated in the FTA with New Zealand (signed on 9 July 2023 and entered into force on 1 May 2024; on such agreement see, for instance: C. LA MACCHIA, *The Formulation of the Trade and Sustainable Development Chapter in the European Union-New Zealand Free Trade Agreement: Novel Aspects and Likely Effectiveness Issues*, in this *Journal*, n. 1, 2025), specifically in articles 12.4 (“Cross-border data flows and personal data protection”) and 12.5 (“Protection of personal data and privacy”).

The fact that the Union has recently been able to include similar provisions in its trade agreements should be welcomed, as it represents a demonstration of the growing influence of the EU position on privacy and personal data protection. The hope is that such articles can be increasingly incorporated (without significant changes) also in future agreements concluded by the EU, including the EU-Chile Advanced Framework Agreement that, once ratified, should replace the EU-Chile ITA.

Abstract (ita)

Il contributo prende in considerazione le *data protection provisions* contenute nel nuovo *Interim Trade Agreement* (ITA) tra l'UE e il Cile – entrato in vigore sabato 1° febbraio 2025 – e mette in evidenza le ragioni per cui esse rappresentano un passo avanti rispetto al passato. Numerosi accordi internazionali conclusi dall'UE nel secondo decennio del XXI secolo includono articoli che non tutelano sufficientemente i diritti fondamentali alla *privacy* e alla protezione dei dati personali. Perciò, nel 2018, la Commissione europea ha approvato le “*Horizontal provisions for cross-border data flows and for personal data protection*”, da inserire nei successivi accordi commerciali dell'UE in sostituzione degli articoli “vecchio stampo”. Tuttavia, alcuni primi esempi di attuazione delle clausole orizzontali non sono stati incoraggianti, poiché tali disposizioni sono state modificate nei loro aspetti più rilevanti. L'ITA UE-Cile, invece, può essere considerato un esempio positivo: le *Horizontal provisions*, infatti, sono riprodotte in modo piuttosto fedele negli articoli 19.5 e 19.6, che offrono una garanzia migliore rispetto al passato per la *privacy* e la protezione dei dati personali.

Abstract (eng)

The contribution takes into consideration the data protection provisions in the new EU-Chile Interim Trade Agreement (ITA) – entered into force on Saturday 1 February 2025 – and highlights the reasons why they represent a step forward from the past. Many international agreements concluded by the EU in the second decade of the 21st century include articles that do not sufficiently guarantee the fundamental rights to privacy and personal data protection. For this reason, in 2018, the EU Commission endorsed the “Horizontal provisions for cross-border data flows and for personal data protection”, to be inserted in subsequent EU trade agreements in place of “old-fashioned” articles. However, some initial examples of the implementation of the Horizontal clauses have not been encouraging, since such provisions were modified in the most important aspects. The EU-Chile ITA, instead, can be qualified as a positive example: the Horizontal provisions, indeed, are quite faithfully reproduced in articles 19.5 and 19.6, which offer improved safeguards for privacy and personal data protection compared to previous instruments.

RATING E SOSTENIBILITÀ: L'UNIONE EUROPEA APRE LA STRADA

Alessia Voinich (Dottoressa di ricerca in Scienze giuridiche e cultrice della materia in diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Trieste) – 2 maggio 2025

SOMMARIO: 1. Introduzione: il contesto e gli obiettivi della nuova disciplina. – 2. L'ambito di applicazione materiale: la nozione di rating ESG. – 3. I soggetti obbligati: i fornitori di rating ESG e i diversi regimi per “operare nell'Unione”. – 4. Il contenuto degli obblighi: i requisiti organizzativi. – 5. (*Segue*): gli obblighi di trasparenza. – 6. La vigilanza di ESMA (cenni). – 7. Conclusioni.

1. Il quadro dell'Unione europea sulla finanza sostenibile, l'insieme di misure intese a convogliare i capitali privati verso attività coerenti con gli obiettivi climatici, ambientali e sociali dell'Unione, si è recentemente arricchito di un nuovo tassello. Si tratta del regolamento (UE) 2024/3005 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2024, sulla trasparenza e sull'integrità delle attività di rating ambientale, sociale e di governance (ESG), che modifica il regolamento (UE) 2019/2088 e (UE) 2023/2859, pubblicato a fine 2024, che si applicherà a partire dal 2 luglio 2026 (art. 53 reg.). Con questo strumento, l'Unione europea consegue il primato (temporale) nella regolamentazione del settore, che negli ultimi anni ha ricevuto crescente attenzione a livello internazionale (si v., da ultimo, il Report pubblicato da OCSE, *Behind ESG ratings: Unpacking sustainability metrics*, Paris, 2025).

Certamente meno noto al pubblico rispetto al rating del credito, il settore dei rating relativi a fattori ambientali, sociali e di governance (di seguito “ESG”), ha assunto una posizione via via più significativa nel panorama finanziario. Con l'accrescersi del peso rivestito dalle considerazioni inerenti ai fattori ESG nelle decisioni d'investimento, si sono infatti anche moltiplicati i soggetti di natura privata – quali varie tipologie di operatori (talvolta coincidenti con le stesse agenzie di rating del credito) – che forniscono e pubblicano vari tipi di valutazioni relative ai potenziali impatti e ai rischi ESG di diverse entità (come imprese o persino Stati) o di strumenti finanziari. Ad aumentare, nel tempo, è stata soprattutto la capacità dei rating ESG di orientare i flussi di capitali, influenzando le scelte di consumatori e investitori (si v. in proposito le considerazioni svolte dall'Organizzazione internazionale delle commissioni sui valori mobiliari “IOSCO” in *Environmental, Social and Governance (ESG) Ratings and Data Products Providers. Final Report*, November 2021).

L'accresciuta importanza del settore ne ha però anche portato alla luce alcune criticità. Queste includono la mancanza di un accordo sul significato stesso da attribuire al termine “rating ESG”; l'eterogeneità delle metodologie e dei modelli presenti sul mercato, consistenti in svariate forme di valutazioni e punteggi correlati a fattori ESG (o soltanto ad una delle sue componenti, in prevalenza quella ambientale), con conseguente scarsa comparabilità dei risultati; ma anche incertezze e ambiguità relative ai parametri e ai processi adottati dagli operatori, nonché all'organizzazione interna di questi ultimi. Particolarmente delicata, infine, la questione della capacità delle agenzie di rating, pur sempre operatori di natura privata, di gestire i conflitti d'interesse (si veda in proposito *Study on sustainability-related ratings, data and research* pubblicato nel 2021 dalla Commissione europea).

Si è così avvertita con crescente urgenza – ed è stata evocata da più parti – la necessità di intervenire sul piano normativo, al fine di assicurare che la capacità dei rating ESG di orientare i flussi di capitali sia effettivamente esercitata per contribuire al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile condivisi dalla comunità internazionale. Ossia, al fine garantire che gli operatori impegnati in attività di rating ESG siano idonei a svolgere, in concreto, il ruolo di “custodi” (privati) del mercato degli investimenti sostenibili, in termini del tutto simili a quello – assai discusso – ricoperto dalle agenzie di rating del credito (“CRA”) nei mercati finanziari (su questi profili v. M. DELL'ERBA, M. DORONZO, *Sustainability Gatekeepers: ESG Ratings and Data Providers*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2023, p. 355 ss.; più in generale sul ruolo dei meccanismi di controllo privati nel mercato dei capitali dell'Unione europea si v. M. CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, Torino, 2019, spec. p. 13 ss.)

Sono queste, in estrema sintesi, le ragioni che hanno indotto la Commissione europea a inserire la disciplina delle attività di rating ESG tra le priorità della propria rinnovata “Strategia per finanziare la transizione verso un'economia sostenibile” (COM (2021) 390final) e poi a formulare la proposta (COM (2023) 314final) che è sfociata nel regolamento sopra richiamato (che per brevità si indicherà di seguito anche come “regolamento sulle attività di rating ESG”).

L'intervento dell'Unione si giustifica sulla base dell'art. 114 TFUE (sul quale si v. il *Commento* di P. DE PASQUALE, O. PALLOTTA, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 1260 ss.) e mira a prevenire il sorgere di potenziali ostacoli al funzionamento del mercato interno, quali conseguirebbero a una regolamentazione frammentata del settore da parte dei singoli ordinamenti degli Stati membri (considerando n. 13 reg.).

Il suo fine dichiarato è sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno per la promozione e la realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile fissati dalla c.d. Agenda 2030 e recepiti dall'Unione nel "Green Deal europeo" (COM(2019) 640final, sui cui si v., tra gli altri, A. FESTA, *Verso l'obiettivo climatico del 2030: su alcuni sviluppi attuativi del Green Deal europeo attraverso norme vincolanti Il pacchetto "Fit for 55%"*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2024; F. ROLANDO, *L'attuazione del Green Deal e del Dispositivo per la ripresa e resilienza: siamo effettivamente sulla strada per raggiungere la sostenibilità ambientale?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2022, p. 185 ss.; M. FALCONE, *Il Green Deal europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2020, p. 379 ss.). Obiettivi di sostenibilità a cui, nelle parole del legislatore, i rating ESG possono contribuire alla luce del loro "impatto significativo sul funzionamento dei mercati e sulla fiducia degli investitori e dei consumatori" (cfr., spec. considerando nn. 1-3 e 10).

Adottando un approccio che risulta ampiamente modellato sulla regolamentazione delle agenzie di rating del credito (si v. il regolamento (CE) n. 1060/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, relativo alle agenzie di rating del credito; in dottrina v. A. PRINCIPE (a cura di), *Le agenzie di rating*, Milano, 2014) la nuova disciplina intende appunto colmare le carenze e le criticità già evidenziate, rafforzando trasparenza, affidabilità e qualità dei rating ESG e affrontando i profili relativi alla prevenzione e all'eliminazione dei conflitti d'interesse (cfr. art. 1 reg.).

Per raggiungere questi risultati, il regolamento istituisce un sistema di autorizzazione per le persone giuridiche che intendono emettere, pubblicare o diffondere rating ESG professionalmente nell'Unione ("fornitori di rating ESG", art. 3, punto 4, reg.). Istituisce un meccanismo di vigilanza continua, affidato all'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA). Disciplina, inoltre, alcuni principi inerenti all'organizzazione interna dei fornitori di rating ESG e li obbliga a rendere pubbliche o a comunicare ai soggetti valutati numerose informazioni relative ai propri processi interni, ai propri rating e alle proprie metodologie.

Di seguito, saranno illustrati sinteticamente i punti salienti della nuova disciplina, a cominciare dalla definizione di "rating ESG" (par. 2); per proseguire con la descrizione dei soggetti obbligati e dei regimi di autorizzazione a cui sono sottoposti (par. 3). Saranno ulteriormente descritti i principali obblighi previsti dal regolamento a garanzia dell'integrità, dell'indipendenza e dell'affidabilità delle attività di rating ESG (par. 4), nonché della trasparenza

e della comparabilità delle valutazioni (par. 5). Si accennerà, infine, al ruolo di ESMA (par. 6), prima di svolgere qualche considerazione conclusiva (par. 7).

2. Una prima e fondamentale questione affrontata dalla nuova disciplina attiene alla definizione di “rating ESG”, in un contesto, quale quello già descritto (v. *supra* par. 1), che ha visto proliferare i più svariati servizi e prodotti connessi alle valutazioni di sostenibilità.

In base al regolamento, i rating ESG possono consistere in una valutazione qualitativa (“parere”), quantitativa (“punteggio”) o in entrambe. Tale valutazione può concernere l’analisi del profilo o delle caratteristiche di un “elemento valutato” (ossia persone giuridiche, strumenti o prodotti finanziari, persino autorità o organismi pubblici, cfr. art. 3, punto 7, reg.) in relazione a questioni ambientali, sociali, inerenti ai diritti umani e di governance. La valutazione può altresì riguardare il livello di esposizione dell’elemento valutato a rischi o impatti connessi ai medesimi fattori ESG. Il tratto distintivo del rating ESG, rispetto a prodotti o servizi simili o assimilabili, risiede nel suo fondarsi su metodi e sistemi di classificazione strutturati e definiti; nessuna rilevanza, invece, assume la denominazione concretamente utilizzata dall’operatore (art. 3, punto 1, reg.).

L’ampiezza della definizione normativa consente senz’altro di includere nella nozione di rating ESG e, dunque, di attrarre nell’alveo del regolamento, una varietà di modelli, anche molto distanti tra loro, attualmente esistenti sul mercato, evitando contemporaneamente ingerenze eccessive nelle metodologie adottate dai fornitori (cfr. considerando n. 12 e n. 17 reg.). Vi sono ricompresi, ad esempio, i modelli di rating emessi su richiesta e dietro corrispettivo dello stesso elemento valutato ovvero di un investitore (c.d. *applicant pay model* e *investor pay model*); come anche i rating che considerano ciascuno dei fattori ESG singolarmente, ovvero cumulativamente in forma aggregata.

La scelta è coerente con la regola di “non interferenza con il contenuto dei rating ESG o con le relative metodologie” posta dallo stesso regolamento (art. 28 reg.), in ossequio all’autonomia privata e al libero mercato, nonché al più generale principio di proporzionalità. In relazione al diverso modello adottato, la nuova disciplina prevede comunque degli accorgimenti, volti a contemperare la libertà accordata ai fornitori di rating ESG con le esigenze di trasparenza e affidabilità perseguite dal regolamento (per un esempio, si v. allegato III, par. 1, lett. g) e lett. h), sulla ponderazione dei fattori).

Per altro verso, però, la nozione di rating ESG adottata solleva il pro-

blema della eccessiva estensione della portata materiale della disciplina, che rischia di applicarsi a punteggi e valutazioni di sostenibilità (che rientrerebbero nella definizione di rating ma) che sono già altrove regolati dal diritto dell'Unione; oppure che, per loro natura o modalità d'impiego, risulterebbero gravati da oneri superflui o irragionevoli alla luce delle finalità del regolamento.

Il regolamento affronta questi aspetti prevedendo numerose esclusioni, le quali sono tassativamente individuate dall'art. 2, punto 2 e sulle quali si sofferma a lungo, a fini illustrativi, il preambolo (cfr. considerando da nn. 17 a 25 reg.). Così, la nuova disciplina non si applica a una serie di prodotti o strumenti che consistono, ad esempio, in raccolte di dati o in valutazioni destinate a uso esclusivamente interno; oppure in valutazioni o punteggi che costituiscono fasi di processi regolati da distinti regimi (come i processi di certificazione o quelli di revisione esterna delle obbligazioni verdi o inerenti alle attività dichiarative). Non si applica, entro certi limiti, ai rating ESG forniti per fini non commerciali da enti no profit, da istituzioni finanziarie (come la BCE) o in ambito accademico.

3. In linea con la vocazione globale del mercato finanziario e degli stessi obiettivi strategici della finanza sostenibile, l'ambito di applicazione del regolamento non è limitato ai soli fornitori di rating ESG che hanno sede nell'Unione (si tratta di un meccanismo comune a diversi strumenti di settore, che consente di incentivare gli operatori, soprattutto imprese, ad adeguarsi su base volontaria agli standard normativi propri dell'Unione in materia. Si veda, in proposito, F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in questa *Rivista*, 2022, p. 170 ss., spec. pp. 183-184). La disciplina comune si applica infatti ai fornitori di rating ESG che “operano nell'Unione”, anche se sprovvisti di sede sociale nel territorio di uno Stato membro (art. 2, par. 1, reg., cfr. anche considerando n. 15).

Sono pertanto sottoposti alla nuova disciplina (a) i fornitori che hanno sede in uno Stato membro e che emettono e diffondono i loro rating attraverso siti web, altri mezzi di comunicazione o mediante contratti con determinati soggetti che si trovano nell'Unione (come imprese finanziarie regolamentate e altri tipi di imprese, istituzioni europee e autorità pubbliche nazionali degli Stati membri); ma anche (b) i fornitori, con sede in Stati terzi, che distribuiscono i rating ESG nell'Unione alle medesime entità tramite abbonamenti o accordi contrattuali (art. 2, punto 1, reg.).

In base al regolamento, tutti questi soggetti sono tenuti a ottenere l'au-

torizzazione di ESMA per continuare a svolgere, o avviare, la propria attività di rating nell'Unione, accedendo all'apposito registro che sarà istituito (art. 14 reg.).

A tal fine, sono previste diverse procedure ("regimi autorizzativi": art. 4 reg.), sul modello di quanto già avviene per le agenzie di rating del credito. Pur variando in funzione della localizzazione del fornitore di rating ESG (in uno Stato membro o in uno Stato terzo), tutte queste procedure perseguono l'obiettivo di condizionare la possibilità di operare nell'Unione al rispetto degli standard definiti dal regolamento.

In particolare, i fornitori stabiliti in uno Stato membro devono ottenere un'autorizzazione rilasciata da ESMA, che verifica la conformità dell'attività a tutti i requisiti di trasparenza, affidabilità, integrità e indipendenza stabiliti dal regolamento (art. 6 ss., nonché allegato I reg.). Alcuni di questi requisiti potranno essere temporaneamente derogati dai piccoli fornitori, a favore dei quali è previsto un canale di autorizzazione più snello (con possibilità di operare anche gradualmente per l'applicazione integrale degli obblighi previsti dalla disciplina nei primi tre anni di attività: art. 5 reg.).

I fornitori che hanno sede in uno Stato terzo, invece, possono seguire tre diversi canali per essere autorizzati a operare nel mercato dell'Unione.

Il primo presuppone l'adozione, da parte della Commissione europea, di una "decisione di equivalenza", la quale attesta che i requisiti richiesti ai fornitori di rating ESG in un determinato Stato terzo e la sorveglianza a cui sono lì sottoposti sono almeno equivalenti ai requisiti e alla sorveglianza previsti dal diritto dell'Unione (art. 10 reg.). La decisione di equivalenza consente alla generalità dei fornitori di rating ESG autorizzati o registrati nello Stato terzo in questione di esercitare la propria attività nell'Unione, inoltrando richiesta ad ESMA. Questa prima opzione è certamente meno onerosa per i singoli fornitori di rating ESG rispetto alle alternative che si vedranno di seguito. Presenta, tuttavia, evidenti criticità, laddove lega la possibilità del fornitore di rating di operare nell'Unione al concreto esercizio, da parte della Commissione, dei propri poteri di delibera in relazione all'adozione o all'abrogazione delle decisioni di equivalenza (come già peraltro dimostra l'esperienza delle CRA: la lista delle decisioni di equivalenza adottate, incluse quelle successivamente abrogate, è disponibile [qui](#)).

Questo tipo di rischio è arginato dalla possibilità che i fornitori di rating ESG stabiliti in uno Stato terzo accedano al registro e, dunque, al mercato dell'Unione, ottenendo da ESMA una decisione di "riconoscimento" (art. 12). La previsione trova appunto applicazione nei casi in cui manchi (o sia stata abrogata) una decisione di equivalenza. Si applica a favore di fornitori

di rating ESG che soddisfano alcuni requisiti dimensionali e che sono dotati di un rappresentante legale nell'Unione. Presuppone, sempre da parte di ESMA, la verifica della conformità del singolo fornitore e delle sue attività ai requisiti sostanziali, dimensionali e di effettività disciplinati dal regolamento (art. 12).

È infine prevista una terza e ultima via a favore del fornitore di rating ESG con sede in uno Stato terzo che voglia operare nell'Unione. Quest'ultimo, infatti, può ottenere l'“avallo” di un fornitore di rating ESG nell'Unione che sia autorizzato a norma del regolamento (art. 11). Entro questo regime, che si applica solo a fornitori di rating parti di uno stesso gruppo, l'operatore che concede l'avallo si fa garante della conformità dell'attività di rating a requisiti “almeno equivalenti” a quelli previsti dal diritto dell'Unione e deve dimostrare di possedere capacità adeguate a svolgere efficacemente i propri compiti di monitoraggio. Al fine di prevenire un uso elusivo del meccanismo, questa opzione è percorribile solo per ragioni oggettive, non di natura meramente economica, che sono in parte elencate dallo stesso regolamento (v. art. 11, par. 1, lett. f), reg.). Tali ragioni possono dipendere, ad esempio, dall'esigenza di mantenere reti di collaborazione globale, oppure dalla necessità di disporre di particolari competenze, o, ancora, da specificità legate al settore considerato nel rating (per l'applicazione dell'analogo criterio nel caso delle CRA, si v. gli Orientamenti sull'applicazione del sistema di avallo ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, del regolamento relativo alle agenzie di rating del credito sviluppati da ESMA).

4. Gli obblighi a cui devono attenersi i fornitori di rating ESG che operano nell'Unione comprendono, anzitutto, alcuni “requisiti organizzativi basati su principi” (cfr. COM (2021) 390final, cit., p. 8) che sono delineati dall'art. 15 reg. (“principi generali”).

La disposizione, in primo luogo, sottolinea l'importanza dell'imparzialità e dell'indipendenza delle attività di rating ESG (specie) in relazione ad attività di natura politica o economiche (art. 15, par. 1).

In tale contesto, la disciplina è completata da numerose ulteriori previsioni. Ad esempio, quelle che vietano (o, in qualche caso, subordinano allo scrutinio positivo di ESMA) la commistione tra l'attività di rating ESG e altre attività commerciali o finanziarie puntualmente individuate (art. 16 reg.). Oppure, ancora, da previsioni volte a prevenire varie forme di conflitti d'interesse (art. 25) anche in relazione alle persone (personale interno o altrimenti incaricato) che partecipano ai processi di formazione del rating. Si tratta di conflitti d'interesse che possono derivare da singoli incarichi ri-

coperti (nel passato o in contemporanea rispetto all'attività di rating ESG in generale o con riferimento a una singola valutazione); dal possesso di strumenti finanziari riconducibili all'elemento valutato; nonché da profili specifici del rapporto di lavoro (o di incarico), inclusi quelli relativi alla formazione o alle specifiche mansioni esercitate (art. 17 reg. e 26 reg.). Il regolamento (art. 27), inoltre, detta una disciplina (minima) in tema di commissioni applicate ai clienti, stabilendo che devono essere "eque, ragionevoli, trasparenti e non discriminatorie" (su quest'ultimo profilo cfr. M. TJON AKON, *What the FRANDT?! Understanding the Regulation of Pricing Power in the Single Market for ESG Ratings*, in *World Competition*, 2025, p. 51 ss.)

Altri "principi generali" dettati dal regolamento con riferimento all'organizzazione interna del fornitore, riguardano l'obbligo di dotarsi di politiche, procedure e meccanismi interni adeguati, effettivi e aggiornati. Sono incluse, ad esempio, procedure di *due diligence*, o relative ai più vari aspetti amministrativi e contabili (art. 15, spec. parr. 2-6 e 8 reg.). Di particolare rilievo, in tale contesto, l'obbligo di istituire e disciplinare al proprio interno una funzione di sorveglianza, sorretta da "solide procedure" (art. 15, parr. 9 e 10 reg.). A determinate condizioni (art. 22 reg.), i fornitori di rating di piccole dimensioni possono richiedere a ESMA di essere esentati in tutto o in parte da alcuni dei requisiti di governance (incluso quello di dotarsi di una funzione di sorveglianza). Il regime di esenzione rientra tra le altre misure previste dal regolamento a favore dei "piccoli fornitori di rating" (come il già ricordato processo autorizzativo più snello di cui all'art. 5 reg.) al fine di sostenerne l'accesso al mercato o evitarne la fuoriuscita (cfr. considerando n. 48).

Sempre nella cornice "dei principi generali", rientrano poi gli obblighi tesi ad assicurare la qualità delle informazioni (art. 15, par. 11) e delle metodologie utilizzate per i processi valutativi. Queste ultime, in particolare devono essere "rigorose, sistematiche, indipendenti e giustificabili", periodicamente aggiornate e applicate in modo costante e trasparente. In particolare, i fornitori sono tenuti a comunicare chiaramente che i rating ESG costituiscono un proprio parere, a instaurare formalmente un dialogo con l'elemento valutato (o con il suo emittente se si tratta di uno strumento) prima della pubblicazione del rating e ad apportare modifiche ai rating solo in conformità alle metodologie pubblicate (art. 15, spec. parr. 7-8, 11-12 e 14).

5. Il regolamento prescrive ai fornitori di rating ESG precisi obblighi di trasparenza, nei limiti del rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (art. 15, par. 13).

L'oggetto delle informazioni obbligatorie attiene a vari aspetti. Si tratta del tipo di fonti e di metodologie utilizzate per la formazione del rating, nonché delle limitazioni relative alle stesse. Oppure dei parametri utilizzati (e relativi scostamenti). Per quest'ultimo profilo, di particolare rilievo, è l'obbligo di rendere informazioni relative alla correlazione tra il rating ESG (specie per la componente ambientale) e la percentuale di allineamento ad accordi internazionali pertinenti, o alla c.d. "tassonomia delle attività sostenibili" (regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili, il quale ha introdotto criteri comuni per identificare le attività economiche ecosostenibili in relazione alla classificazione degli investimenti). L'oggetto delle informazioni può poi riguardare l'organizzazione interna del fornitore di rating, incluso l'assetto proprietario, le misure per la gestione dei conflitti d'interesse, i criteri utilizzati per stabilire le commissioni praticate ai clienti.

Il grado di dettaglio delle informazioni obbligatorie, che saranno ulteriormente specificate dalla Commissione in appositi atti delegati, si atteggia diversamente a seconda dei destinatari. In particolare, il regolamento prevede una serie di obblighi "minimi" di informativa da rendere al pubblico, attraverso il sito web (art. 23 e allegato III, par. 1); mentre più puntuali e corpose sono le informazioni da comunicare al destinatario della valutazione (art. 24 e allegato III, par. 2).

L'obiettivo di aumentare la trasparenza delle attività di rating ESG è poi perseguito attraverso l'instaurazione di diversi canali di comunicazione.

In particolare, i fornitori dovranno istituire delle procedure "per ricevere preoccupazioni motivate dai portatori di interessi" alle quali sono tenuti a dare riscontro entro 30 giorni (termine derogabile dai fornitori di piccole dimensioni: art. 20 reg.).

A disposizione degli "utenti dei rating" nonché degli "elementi valutati" è invece obbligatorio predisporre un "meccanismo di gestione dei reclami" (art. 19). I reclami, da trattare tempestivamente ed entro un termine ragionevole, possono riguardare le fonti utilizzate, eventuali errori fattuali, l'applicazione della metodologia nel caso concreto o, ancora, la rappresentatività del singolo rating. Su questi medesimi aspetti, peraltro, l'instaurazione del dialogo tra il fornitore e l'elemento valutato avviene già in un momento precedente all'emissione del rating ESG che deve essere comunicata (con il relativo corredo informativo) almeno nei due giorni lavorativi precedenti (art. 15, par. 12 reg.).

6. L'inosservanza delle prescrizioni del regolamento può, a seconda dei casi, determinare il diniego, la sospensione o la revoca dell'autorizzazione a operare nell'Unione; può comportare divieti temporanei di pubblicazione dei rating o persino sanzioni economiche (art. 35 ss.). Queste misure e sanzioni sono adottate da ESMA la quale, in tale contesto, gode di pregnanti poteri ispettivi (artt. 31-34 reg.), che esercita avvalendosi della collaborazione delle autorità nazionali designate dagli Stati membri (entro il 2 aprile 2026, cfr. artt. 30 e 43 ss. reg.).

È bene considerare, infine, che i compiti di vigilanza di ESMA non si esauriscono nelle fasi di autorizzazione, monitoraggio e nelle misure appena descritte, ma si estendono anche (in certa misura) alla regolamentazione tecnica del settore.

In particolare, spetta a ESMA elaborare i progetti di norme tecniche che saranno acquisiti dalla Commissione, a cui è conferito il potere di integrare diversi e rilevanti aspetti del regolamento con atti delegati (art. 47 reg.). È il caso, ad esempio, dell'integrazioni relative al contenuto della richiesta di autorizzazione a esercitare l'attività nell'Unione (cfr. art. 5, par. 3; art. 12, par. 4 reg.); oppure, della specificazione dei criteri di deroga al regime di separazione tra le attività di rating e altre attività previste dall'art. 16 reg. (v. spec. par. 5); o, ancora, della definizione dettagliata degli obblighi informativi (art. 23, parr. 4-5 e 24, parr. 3-4 reg.).

7. Il nuovo regolamento sulle attività di rating ESG segna un passo fondamentale nell'evoluzione del quadro dell'Unione sulla finanza sostenibile. Colma, infatti, una lacuna normativa in un settore di crescente rilevanza per il mercato dei capitali. Mira soprattutto a fornire una risposta concreta alle criticità emerse dalla prassi (*supra*, par. 1), mediante l'introduzione di una definizione armonizzata di "rating ESG", l'istituzione di un sistema di autorizzazione e vigilanza affidato a ESMA e la fissazione di requisiti organizzativi e di trasparenza.

La nuova disciplina delinea un approccio alla regolamentazione dei rating ESG volto a bilanciare il rispetto dell'autonomia privata degli operatori con le esigenze di trasparenza e integrità delle valutazioni. Infatti, pur in attesa degli ulteriori dettagli attuativi, si può osservare come il legislatore abbia per lo più contenuto il proprio intervento dettando norme di armonizzazione minima, che lasciano ampio spazio ai modelli, alle metodologie e alla libertà organizzativa dei fornitori di rating ESG. Più stringenti sono invece gli obblighi procedurali (relativi ai regimi autorizzativi) e informativi nei confronti del pubblico e dei soggetti valutati.

L'enfasi sulla trasparenza, peraltro, si pone in linea con altri strumenti che ricadono nel quadro UE della finanza sostenibile (si veda, ad es., in tema di rendicontazione societaria di sostenibilità F. CECI, *Dalle dichiarazioni di carattere non finanziario alla rendicontazione societaria di sostenibilità: una prima lettura della direttiva (UE) 2022/2464*, in questo Blog) e riflette gli sforzi compiuti negli ultimi anni dal legislatore dell'Unione di riferire la nozione di "sostenibilità" a parametri oggettivi e comparabili.

Il nuovo regolamento rappresenta altresì uno strumento per estendere gli standard di affidabilità e integrità dell'attività di rating ESG previsti dal diritto dell'Unione anche agli operatori stabiliti in Stati terzi (almeno) qualora questi vogliano accedere al mercato interno. A tal fine, i regimi autorizzativi previsti dal regolamento, basati sul rispetto di requisiti sostanziali e non su criteri meramente geografici (*supra*, par. 3), si presentano come meccanismi efficaci non solo nel garantire la trasparenza e l'integrità dei rating ESG a livello UE, ma anche nel promuovere una convergenza graduale verso standard condivisi su scala internazionale. Il regolamento in esame, dunque, contribuisce a consolidare l'influenza dell'Unione nella definizione degli standard globali per la finanza sostenibile, favorendo l'allocazione dei capitali, a prescindere dalla loro origine geografica, verso attività effettivamente coerenti con gli obiettivi del Green Deal e di sostenibilità (soprattutto ambientale) dell'Unione.

Se da un lato il regolamento sulle attività di rating ESG come, più in generale, gli ulteriori strumenti adottati dall'Unione nel quadro della finanza sostenibile, rafforzano la convergenza verso gli obiettivi da ultimo richiamati, dall'altro sarà cruciale verificarne l'impatto sull'attrattività del mercato dell'Unione rispetto ai soggetti esterni e, quindi, sulla capacità dell'Unione di guidare la transizione verso un'economia sostenibile e inclusiva anche oltre i propri confini.

Lo "slancio regolatorio" mostrato dall'Unione negli ultimi anni nell'area della finanza sostenibile (ed entro la propria politica ambientale) deve infatti oggi confrontarsi con uno scenario internazionale profondamente mutato.

Nelle più recenti evoluzioni, sulla spinta delle crisi internazionali, è divenuta particolarmente pressante per l'Unione l'esigenza di bilanciare la propria ambizione di guidare la transizione verso una crescita economica sostenibile con la necessità di preservare la competitività del proprio mercato. In tale prospettiva, la Commissione, a fine febbraio 2025, ha annunciato il c.d. "Pacchetto Omnibus", che mira a un'estesa semplificazione in settori chiave della finanza sostenibile, al fine di ridurre i costi dell'adeguamento tecnico e amministrativo richiesto agli attori economici del mercato interno

(cfr. anche le conclusioni del Consiglio europeo, del 20 marzo 2025, spec. punto 11 ss.).

Quest'intervento non deve comunque essere letto come una sorta di marcia indietro sugli obiettivi di sostenibilità dell'Unione europea. Obiettivi che, peraltro, trovano solida ancora nel diritto primario, il quale vuole il principio dello sviluppo sostenibile, con particolare accento sulla protezione dell'ambiente, integrato in tutte le politiche dell'Unione (cfr. spec. art. 11 TFUE su cui si v. il *Commento* di S. AMADEO, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 407 ss.; ma anche art. 37 CDFUE, su cui si v. il *Commento* di M. ONIDA, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 691 ss.).

Se le diverse iniziative nell'area della finanza sostenibile, incluso il nuovo regolamento sulle attività di rating ESG, sapranno reggere alla prova del reale è questione che, al momento, resta aperta. L'auspicio, però, è che i passi compiuti (e da compiere) “nell'interesse delle generazioni future” possano consolidarsi e proseguire al di là delle contingenze.

Abstract (ita)

Il contributo esamina il regolamento (UE) 2024/3005 sulla trasparenza e sull'integrità delle attività di rating ambientale, sociale e di governance (ESG), che colma una lacuna normativa in un settore in rapida espansione e di crescente rilevanza per il mercato dei capitali. Illustra i principali elementi della nuova disciplina, a cominciare dall'introduzione di una definizione armonizzata di "rating ESG". Descrive i regimi autorizzativi a cui sono sottoposti i soggetti che intendono svolgere professionalmente attività di rating ESG nell'Unione. Si sofferma sugli obblighi del regolamento finalizzati a garantire trasparenza, affidabilità e indipendenza nello svolgimento di tali attività e sull'introduzione di un meccanismo di vigilanza continua, affidato all'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA). Il regolamento è infine analizzato nella sua funzione di strumento volto non solo a garantire la trasparenza e l'integrità dei rating ESG all'interno dell'Unione, ma anche a orientare l'allocatione dei capitali, a prescindere dalla loro origine geografica, verso attività coerenti con gli obiettivi del Green Deal e di sostenibilità (soprattutto ambientale) dell'Unione.

Abstract (eng)

This contribution considers Regulation (EU) 2024/3005 on the transparency and integrity of environmental, social, and governance (ESG) rating activities, which addresses a regulatory gap in a fast-expanding sector of growing significance for the capital markets. It sets out the key elements of the new framework, starting with the introduction of a harmonised definition of "ESG rating". It describes the authorisation regimes to which entities wishing to professionally engage in ESG rating activities within the Union are subject to. The contribution pays particular attention to the regulation's requirements designed to ensuring transparency, reliability and independence in carrying out these activities, as well as the introduction of a continuous supervisory mechanism, entrusted to the European Securities and Markets Authority (ESMA). Finally, the regulation is analysed as a tool not only to ensure the transparency and integrity of ESG ratings within the Union but also as a means to steer the allocation of capital, irrespective of its geographical origin, towards activities aligned with the Union's Green Deal and sustainability (particularly environmental) objectives.

Atti Seminario PIUE – a cura di M. E. Bartoloni e S. Poli
(Proiezione internazionale dell'Unione europea)
Pisa, 24 ottobre 2024
Temi di attualità nelle relazioni esterne dell'UE

INTRODUZIONE

L'azione esterna dell'Unione europea è soggetta a numerose pressioni in un contesto internazionale caratterizzato da sfide geopolitiche, economiche e ambientali sempre più interconnesse. All'Unione è richiesta una grande capacità di adattamento per rispondere a tali sfide.

Il Forum PIUE, svoltosi a Pisa il 25 ottobre 2024, *a latere* del VI Convegno annuale dell'Associazione Italiana degli Studiosi di Diritto dell'Unione Europea, ha offerto un'occasione di riflessione e confronto su temi diversi che riguardano le relazioni esterne dell'UE. Nell'ambito del Forum vari studiosi, con sensibilità e approcci giuridici differenti, hanno presentato contributi originali su temi di rilevanza cruciale per la politica esterna dell'Unione, arricchendo un dibattito già da tempo in corso.

La presente collettanea raccoglie e approfondisce gli interventi presentati da alcuni membri del forum, offrendo una panoramica di questioni giuridiche e politiche che riguardano le procedure decisionali relative all'azione esterna dell'UE ma anche atti unilaterali o accordi internazionali che si inquadrano nella politica commerciale e in quella ambientale. Sono venute in rilievo anche la Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC) e le relazioni dell'Unione con il Regno Unito.

Nonostante la varietà degli argomenti trattati, i contributi qui presentati convergono nell'analizzare nodi nevralgici dell'azione esterna dell'Unione, evidenziando la necessità di un equilibrio, non semplice da realizzare, tra esigenze di matrice differente: da una parte, tra il potenziamento del suo ruolo sul piano delle relazioni internazionali e il rispetto dei suoi valori fondamentali; dall'altra, tra il rafforzamento della sua sicurezza interna e economica e il ripristino di un ordine internazionale – giuridico, economico e politico – compromesso da elementi congiunturali di diversa natura.

In tale complessivo contesto, i contributi qui raccolti possono essere collocati in quattro gruppi.

Il primo esamina profili istituzionali e procedure decisionali che si stanno imponendo nella recente prassi delle relazioni internazionali dell'UE. Più in particolare, si tratta delle procedure decisionali nel settore della PESC e dei rapporti interistituzionali tra Commissione e Consiglio nella procedura di conclusione degli accordi internazionali. Si occupano di questi temi Luca Paladini e Alfredo Rizzo. Il primo autore esplora i meccanismi di flessibilità previsti dall'articolo 31 TUE, valutando le prassi emergenti e le prospettive

future per l'uso di tali strumenti nella politica estera e di sicurezza comune. Il tema al centro del dibattito è l'utilizzo della maggioranza qualificata all'interno del Consiglio al posto dell'unanimità. La discussione sul ricorso alla prima procedura, utilizzando la clausola passerella dell'art. 31 par. 2 TUE, è cominciata nel 2018 grazie alla Commissione¹ e non si è ancora conclusa. La Corte di Giustizia avrà l'occasione di intervenire sul tema quando deciderà se accogliere o meno il ricorso di annullamento promosso dal Parlamento europeo contro il Consiglio a dicembre 2024².

Il secondo studioso analizza un'importante decisione giudiziaria³, resa a quindici anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con la quale il giudice dell'Unione chiarisce che il potere di firma degli accordi internazionale rientra tra i poteri di rappresentanza esterna della Commissione, previsti dall'art. 17 del TUE.

Il secondo gruppo di interventi esamina questioni di marcata attualità che evidenziano l'atteggiamento – al contempo reattivo e propulsivo – dell'Unione dinanzi alle numerose sfide di cui si è detto. Chiara Cellerino e Giulia D'Agnone affrontano due argomenti diversi riconducibili alla politica commerciale comune, riguardanti il controllo delle esportazioni dei beni a duplice uso e le proposte di modifica delle norme che disciplinano gli investimenti esteri diretti. La prima autrice evidenzia come le norme dell'UE in materia di controlli sui beni a duplice uso non sia idonea ad assolvere le sue funzioni. Gli Stati membri hanno competenze nazionali importanti ed è difficile armonizzare le loro politiche. L'autrice ritiene che al momento non sia possibile elaborare compiutamente una vera e propria politica UE del controllo delle esportazioni, che fornisca una risposta unitaria dell'Unione alle molte sfide poste dall'attuale contesto internazionale, in assenza della capacità della stessa Unione di imporre, come fanno altre potenze, controlli uniformi svincolati dai sistemi multilaterali, e di valutare i rischi e i benefici degli stessi in una prospettiva UE e non meramente nazionale.

Giulia D'Agnone, da parte sua, analizza la proposta di modifica del regolamento 2019/452 sullo screening degli investimenti esteri diretti, esplorando le implicazioni per la sicurezza e l'ordine pubblico dell'Unione e il ruolo crescente della Commissione europea in questo ambito.

¹ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio A stronger global actor: a more efficient decision-making for EU Common Foreign and Security Policy, COM (2018) 647 final, 12.09.2018.

² C-883/24 *Parlamento c. Consiglio*, pendente.

³ Corte giust. 9 aprile 2024, C-551/21, *Commissione c. Consiglio*.

Il terzo gruppo di scritti riguarda la politica ambientale in una prospettiva sia interna che esterna.

Alessandra Lang esamina le particolari dinamiche che caratterizzano l'attuazione dei tre pilastri della Convenzione di Aarhus del 1998 nell'Unione. L'autrice ricostruisce criticamente il quadro normativo, stabilito per dare attuazione agli obblighi per gli Stati e per l'Unione stessa, per poi analizzare come gli atti di attuazione sono interpretati dal giudice dell'Unione nell'ambito di un'ampia giurisprudenza che consiste di sentenze rese in via pregiudiziale, di azioni di annullamento e di azioni per infrazione. L'autrice mette in rilievo come in taluni casi le tecniche interpretative adottate dalla Corte di Giustizia in relazione alle disposizioni della Convenzione siano particolari: l'autrice sottolinea come "la Convenzione è interpretata come un atto dell'Unione, senza dedicare particolare considerazione alla sua origine internazionale".

Massimiliano Montini illustra un esempio di atto unilaterale dell'Unione che, per realizzare gli obiettivi dell'accordo di Parigi del 2015 sul cambiamento climatico – in particolare, il mantenimento dell'aumento medio della temperatura globale almeno al di sotto dei 2°C, e possibilmente al di sotto dei 1,5°C – estende all'esterno dei confini territoriali dell'UE i suoi effetti. Si tratta del meccanismo CBAM (*Carbon Border Adjustment Mechanism*) sull'adeguamento del carbonio alle frontiere. Il saggio esamina in dettaglio il Regolamento (UE) 2023/956, che ha introdotto tale meccanismo,⁴ e conclude che l'istituzione del meccanismo CBAM possa essere letta come l'espressione della volontà dell'Unione di rafforzare il suo ruolo di regolatore di riferimento a livello globale in materia di lotta contro i cambiamenti climatici, in attuazione degli obiettivi della politica climatica europea che l'Unione si è data con il *Green Deal*.

In un quarto gruppo rientrano gli scritti di Federico Casolari e di Sara Poli; gli autori scrivono di temi molto diversi tra loro ma i loro saggi toccano entrambi il tema dei valori dell'Unione.

Federico Casolari si concentra sui rapporti tra l'UE e il Regno Unito e nel suo saggio illustra come la valutazione dell'incidenza dei valori sulle relazioni con Stati *ex UE* consenta anche di misurare il "peso" della perdita dello *status* di membro dell'organizzazione. Sulla base di queste premesse, l'autore riflette sulle principali dinamiche che caratterizzano il rilievo dei valori nel rapporto «unico e eccezionale» che si instaura tra l'Unione, i suoi

⁴ Regolamento (UE) 2023/956 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere.

Paesi membri ed uno Stato che ha abbandonato il processo di integrazione.

Sara Poli chiude gli scritti esaminando i condizionamenti che i Trattati impongono agli Stati membri nell'esercizio della revoca e attribuzione della cittadinanza, prestando particolare attenzione ad una recente sentenza della Corte di Giustizia: *Commissione c. Malta*⁵. Quando il forum PIUE è stato organizzato solo l'AG Collins aveva reso le sue conclusioni nella causa sopra menzionata e aveva proposto di respingere il ricorso. Va sottolineato che quest'ultimo non è incentrato sulla violazione di obblighi che disciplinano l'azione esterna dell'UE. La Corte di Giustizia ha considerato incompatibili con il diritto primario le norme interne maltesi, che attribuiscono la cittadinanza a cittadini stranieri in cambio di investimenti. Uno dei valori espressi dall'art. 2 TUE, la solidarietà, viene particolarmente valorizzato nel ragionamento che porta il giudice dell'Unione ad accogliere il ricorso e a discostarsi dalle conclusioni dell'AG Collins.

Al di là delle critiche che si possono rivolgere alla sentenza in esame, essa offre l'occasione per riflettere su quali siano i condizionamenti che le disposizioni in materia di PESC impongono agli Stati membri quando attuano programmi di cittadinanza per investimenti ed esercitano dunque competenze nazionali. Più in particolare, ci si chiede se uno Stato membro debba respingere le domande di naturalizzazione sottoposte da cittadini stranieri che siano iscritti nelle liste nere di atti PESC come quelli che stabiliscono misure restrittive.

In conclusione, i contributi sopra descritti, nella loro eterogeneità di approccio e di prospettiva, offrono una visione articolata e approfondita delle sfide, dei nodi, delle difficoltà, che l'Unione è chiamata ad affrontare. Ma non si fermano a questo. Essi evidenziano anche, e soprattutto, la spiccata versatilità dell'Unione nel valorizzare, in tutte le sue forme e modalità, il suo strumentario di politiche e competenze che, come è noto, soffre di frammentazione e di limiti connaturati.

M.E. Bartoloni – S. Poli

⁵ Corte giust. 29 aprile 2025, C-181/23, *Commissione c. Malta*.

I MECCANISMI DI FLESSIBILITÀ PREVISTI DALL'ART. 31 TUE: PRASSI E PROSPETTIVE

Luca Paladini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'astensione costruttiva nella prassi recente. – 3. L'effetto esentante e l'applicazione differenziata della decisione PESC. – 4. Il caso specifico delle misure restrittive. – 5. L'effetto "domino" generato dall'invocazione dell'astensione costruttiva. – 6. Le prospettive di tale meccanismo di flessibilità. – 7. Il freno di emergenza: brevi considerazioni in assenza di prassi. – 8. La sua "valenza costruttiva" in prospettiva *de jure condendo*. – 9. Brevi considerazioni finali.

1. Introduzione

Le procedure decisionali di ambito PESC sono oggetto di un dibattito, praticamente avviato «since the establishment of this policy field»¹, che è stato incentrato soprattutto sui *quorum* deliberativi previsti dall'art. 31 TUE. Come noto, particolare attenzione è stata riservata alla maggioranza qualificata, della quale si è regolarmente auspicato il maggior uso, al fine di ovviare ai blocchi decisionali nella PESC² e, dunque, di garantire all'UE di agire più tempestivamente ed efficacemente sulla scena internazionale³.

Di recente, tale risalente e vivace dibattito si è intrecciato con il con-

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università per stranieri di Siena.

¹ Cfr. K. POMORSKA, R. A. WESSEL, *Qualified Majority Voting in CFSP: A Solution to the Wrong Problem?*, in *EFAR*, n. 3, 2021, p. 351.

² Una «non-exhaustive list of vetoes, threats of veto and delays in CFSP matters» è disponibile in European Parliamentary Research Service (EPRS), *The implementation of Article 31 of the Treaty on European Union and the use of Qualified Majority Voting – Towards a more effective Common Foreign and Security Policy?*, Bruxelles, 2022, p. 64. Anche in dottrina sono state effettuate delle ricognizioni: ad esempio, cfr. V. SZÉP, R. WESSEL, *Assessing Current CFSP Structures and Processes and Formulating Recommendations*, *Engage WP Series*, April 2023, p. 6 ss.

³ Così si esprimeva la Commissione nella Comunicazione al Consiglio europeo, al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un ruolo più incisivo a livello mondiale: un processo decisionale più efficiente per la politica estera e di sicurezza comune dell'UE*, Brussels, COM (2018) 647 final. Per un commento, cfr. S. POLI, *Recenti sviluppi in materia di PESC: verso l'attenuazione della sua specificità?*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 391 ss.

fronto relativo alla prossima revisione dei trattati, che dovrebbe essere apprestata in vista del settimo allargamento dell'UE. Atteso che l'ampliamento dell'Unione potrebbe portarne la *membership* a trenta o più Stati membri⁴, in tale sede parimenti è stata rivolta attenzione ai processi decisionali e ai *quorum* deliberativi, anche della PESC.

Le riflessioni finora intervenute sono raccolte in un *corpus* oramai ampissimo di contributi provenienti dalle istituzioni⁵, dai cittadini⁶, dagli Stati membri⁷, talora riuniti in "gruppi di amici"⁸, nonché da esperti⁹ e da accademici¹⁰. Alcuni contributi sono noti e recenti: si pensi, ad esempio, al

⁴ Cfr. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sulle riforme e sulle revisioni strategiche pre-allargamento, Bruxelles, 20 marzo 2024, COM (2024) 146final.

⁵ Oltre alla Commissione, il Parlamento europeo sollecita da anni una maggior efficacia del processo decisionale PESC, esprimendo tale esortazione nelle risoluzioni riguardanti le relazioni annuali della PESC e alcuni suoi aspetti specifici (es., cfr. la risoluzione del 19 aprile 2023 sulla capacità di dispiegamento rapido dell'UE, i gruppi tattici dell'UE e l'articolo 44 TUE: prospettive per il futuro, 2022/2145 INI, punto 19), nonché commissionando studi. Più di recente, cfr. la risoluzione, del 22 novembre 2023, sulle proposte relative del Parlamento europeo per quanto riguarda la modifica dei trattati, 2022/2051 INL.

⁶ Cfr. la risoluzione del 22 novembre 2023 sulle proposte relative del Parlamento europeo per quanto riguarda la modifica dei trattati, che fa propri gli esiti del dibattito svoltosi in seno alla Conferenza per il futuro dell'Europa. Cfr. altresì Segretariato generale del Consiglio, *Conference on the Future of Europe: report on the final outcome*, Bruxelles, 2022.

⁷ Ad esempio, cfr. il documento *It's time for more majority decision-making in EU foreign policy*, 12 June 2023, nel quale sette ministri degli esteri di Stati membri (Germania, Belgio, Lussemburgo, Olanda, Romania, Slovenia e Spagna) hanno dichiarato di sostenere l'uso dei metodi di voto e dei meccanismi di flessibilità previsti dall'art. 31 TUE, al fine di consentire all'UE di agire più efficacemente e tempestivamente «in an increasingly uncertain global arena», garantendo altresì il funzionamento delle istituzioni in vista del prossimo allargamento.

⁸ Ad esempio, cfr. il *Joint Statement of the Foreign Ministries on the Launch of the Group of Friends on Qualified Majority Voting in EU Common Foreign and Security Policy*, 4 May 2023, del gruppo di amici composto da Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Olanda, Slovenia e Spagna. Successivamente si sono uniti la Romania e la Danimarca.

⁹ Cfr. Franco-German Working Group on EU Institutional Reform (FGWP), *Sailing on High Seas: Reforming and Enlarging the EU for the 21st Century*, Paris-Berlin, 18 September 2023.

¹⁰ Nella vastità di contributi è possibile menzionarne solo alcuni, nonché recenti. Ad esempio, cfr. A. MIGLIO, *Riforma dell'Unione e integrazione differenziata: l'eterno ritorno di un binomio classico*, in questa *Rivista*, 8 ottobre 2023; J. GOTKOWSKA, K. KAZIMIERSKA, S. SZTYK, *The EU debate on qualified majority voting in the Common Foreign and Security Policy. Reform and enlargement*, OSW Commentary n. 545, 12 October 2023; D. TRIANTAFYLLOU, *Revision of the Treaties: is Europe ready for a qualitative leap forward?*, Fondation Robert Schuman, Paper n. 725, 7 November 2023.

Rapporto Draghi o alla comunicazione della Commissione sulle riforme e sulle revisioni strategiche pre-allargamento, entrambi del 2024, nei quali si rinnova l'auspicio di fare un maggior uso della maggioranza qualificata, al fine di superare i blocchi decisionali determinati dai veti¹¹.

Pur insistendo sui *quorum* deliberativi nella PESC, tali confronti e riflessioni si svolgono nella consapevolezza che l'art. 31 TUE si applica solo se è necessario. Infatti, per prassi risalente e consolidata, il Consiglio delibera per *consensus*¹², anche nella PESC, e solo quando siano elevati dei veti, dunque in assenza del consenso unanime¹³, si pone la questione di aprire una votazione¹⁴. In tale evenienza, il *quorum* richiesto per deliberare – l'unanimità, la maggioranza qualificata o la maggioranza semplice¹⁵ – è indicato dall'art. 31 TUE in ragione del tipo di decisione da adottare.

¹¹ Cfr. M. DRAGHI, *The future of European competitiveness*, September 2024, Part A, pp. 59-60, e Part B, pp. 315-316, e COM (2024) 146final, cit., p. 17 ss.

¹² In uso presso diverse organizzazioni internazionali, il *consensus* è un *modus deliberandi* che si fonda sull'accertamento, da parte della presidenza dell'organo, dell'assenza di obiezioni sull'adozione di un atto giuridico, senza che sia aperta una procedura di voto. Infatti, una votazione comporta l'esternazione di una posizione – favorevole, contraria o di astensione – cui segue il conteggio per la verifica del raggiungimento del numero di voti necessari ad adottare l'atto. Nel *consensus*, invece, l'assenso si rileva nella forma del silenzio. Cfr. C. ZANGHI, *Diritto delle Organizzazioni internazionali*, Torino, 2013, p. 295 ss. e, più di recente, J. KLABBERS, *An Introduction to International Organizations Law*, 4th ed., Cambridge, 2022, p. 157 ss. Con riguardo all'UE, sull'adozione degli atti per *consensus* da parte del Consiglio cfr. ampiamente F. BESTAGNO, *Le dinamiche della "diplomazia consiliare" nell'Unione europea tra consensus e astensioni*, in *EJ*, febbraio 2024.

¹³ Tale evenienza è sempre possibile ed è censurabile se ispirata a logiche quali, ad esempio, il «blocking for blocking». Trattasi della postura, assunta da alcuni Stati membri, a disimpegnarsi nella ricerca del consenso e, in conseguenza, all'apposizione (o sua minaccia) del veto su una decisione PESC senza giustificazione o previa discussione. Sul punto, cfr. European Parliamentary Research Service (EPRS), *Qualified majority voting in common foreign and security policy – A cost of non-Europe report*, Brussels, 2023, p. 18 ss.

¹⁴ Il regolamento interno del Consiglio (RIC) parrebbe confermarlo. Infatti, quando il Consiglio «affari esteri» è convocato ed è prevista l'adozione di decisioni, anche nella PESC, ogni punto relativo a tali atti giuridici è contrassegnato con un asterisco, che ai sensi dell'art. 3, par. 2, RIC corrisponde al diritto di chiedere una votazione. Dunque, l'asterisco non significa che la proposta di decisione PESC sarà posta in votazione, bensì che questa potrà tenersi. Dunque, tale «vincolo grafico» pare riflettere la prassi finora intercorsa, poiché non esclude che una proposta di decisione PESC provvista di asterisco sia adottata per *consensus*.

¹⁵ Invero, la maggioranza semplice sembra più una maggioranza assoluta, comportando il consenso della maggioranza dei membri che compongono il Consiglio (cfr. l'art. 238, par. 1, TFUE) e non, invece, dei membri presenti. Ad ogni modo, essa è raggiunta se la presidenza rileva il consenso di almeno quattordici Stati membri su ventisette.

Sebbene il *consensus* garantisca ampiamente il funzionamento del processo decisionale in ambito PESC, negli ultimi anni sono aumentati i casi di votazione ai sensi dell'art. 31 TUE, a causa del verificarsi di eventi nella comunità internazionale – *in primis*, la guerra “dietro casa”¹⁶ – che hanno imposto all'UE di adottare decisioni sulle quali non è sempre stato possibile coagulare il consenso unanime.

In particolare, si è generata una prassi riguardante le votazioni all'unanimità, con contestuale ricorso all'astensione costruttiva da parte di uno o più Stati membri dissenzienti, sulla quale intendiamo qui soffermarci, non solo per darne conto, ma anche per offrire alcuni spunti relativi alle prospettive del meccanismo *de quo* in vista della riforma dei trattati. Lo stesso non può dirsi per il freno di emergenza, che è posto a temperamento della maggioranza qualificata¹⁷, del quale non si registrano casi di prassi. Ciò nonostante, intendiamo soffermarci anche su tale meccanismo, sia per svolgere alcune brevi considerazioni, sia per dar conto di alcuni spunti interessanti emersi dal dibattito relativo alla revisione dei trattati. Prima di entrare nel merito, corre l'obbligo di precisare che non ci si soffermerà sulla maggioranza semplice, che l'art. 31, par. 5, TUE riserva alle questioni procedurali, poiché a tale *quorum* deliberativo non è associato alcun meccanismo di flessibilità.

2. *L'astensione costruttiva nella prassi recente*

Per quasi quindici anni, l'unico caso di prassi relativo all'astensione costruttiva ha riguardato la dichiarazione effettuata da Cipro nel 2008 sulla decisione PESC istitutiva della missione EULEX Kosovo¹⁸. In sede di votazione, lo Stato membro motivò la propria decisione alla luce delle sue «firm views, especially on the question of the legal basis for the involvement

¹⁶ L'espressione, a nostro avviso particolarmente efficace, è mutuata dal titolo di un volume sulla cinematografia relativa alla guerra nei Balcani (cfr. M. C. VITUCCI, *La guerra dietro casa. Lo sguardo del cinema sulla Jugoslavia in fiamme*, Napoli, 2017).

¹⁷ È il caso di evidenziare che la prassi relativa alle votazioni a maggioranza qualificata è minima. Come afferma FGWP, *Sailing on High Seas: Reforming and Enlarging the EU for the 21st Century*, cit., p. 20, «Indeed, on average over 80 % of decisions taken by QMV in the Council are still taken by consensus, with no vote, and thus no loser». Conformemente si esprimono V. SZÉP, R. WESSEL, *op. cit.*, p. 6.

¹⁸ Azione comune 2008/124/PESC del Consiglio, del 4 febbraio 2008, relativa alla missione dell'Unione europea sullo Stato di diritto in Kosovo (EULEX KOSOVO).

of the European Union in Kosovo, and any possible future implications in terms of international law»¹⁹.

La prassi si è però arricchita a partire dal 2022, in seguito allo scoppio della guerra in Ucraina e all'utilizzo dello Strumento europeo per la pace (di séguito, lo Strumento)²⁰, al fine di sostenere lo Stato offeso anche attraverso l'invio di materiali e/o di dispositivi concepiti per l'uso letale della forza.

Invero, un'ipoteca sull'utilizzo dell'astensione costruttiva era già stata accesa nelle more dell'adozione della decisione istitutiva dello Strumento. La Svezia, l'Austria, l'Irlanda e Malta avevano infatti formulato delle dichiarazioni nelle quali, fermo restando il sostegno all'adottanda decisione PESC, manifestavano la preoccupazione per il possibile utilizzo dello Strumento per inviare delle forniture letali in scenari difficili. Pertanto, tali Stati membri preannunciavano la possibilità di avvalersi dell'astensione costruttiva in sede di adozione delle singole forniture²¹. Successivamente, con l'entrata in vigore dello Strumento e il concretizzarsi della necessità di inviare tali forniture ad alcuni Stati terzi, *in primis* l'Ucraina, l'astensione costruttiva è stata invocata da Austria, Irlanda e Malta²² (non, invece, dalla Svezia).

A parte va considerato il ricorso all'astensione costruttiva da parte dell'Ungheria, Stato membro la cui condotta, come noto, ha portato a mo-

¹⁹ Il testo della dichiarazione è in Council doc. CM 448/08, 4 February 2008.

²⁰ Decisione (PESC) 2021/509 del Consiglio, del 22 marzo 2021, che istituisce uno strumento europeo per la pace, e abroga la decisione (PESC) 2015/528.

²¹ Cfr. Consiglio, doc. 7397/21, Bruxelles, 19 aprile 2021, in particolare dichiarazioni relative ai punti "A". La Svezia, invero, con una formulazione non del tutto cristallina, avendo così dichiarato: «Il diritto della Svezia all'astensione costruttiva non dipende in alcun modo dal carattere della sua politica di sicurezza e di difesa. Qualsiasi decisione di questo tipo si baserà su considerazioni nazionali, compresa una valutazione del rischio della misura di assistenza proposta basata sul contesto ed effettuata caso per caso». Su tali dichiarazioni si sofferma anche EPRS, *The implementation of Article 31 of the Treaty on European Union and the use of Qualified Majority Voting – Towards a more effective Common Foreign and Security Policy?*, cit., p. 62 ss.

²² Nella relativa difficoltà di reperire la prassi dei lavori del Consiglio, si deve ritenere che si tratti di quindici casi, corrispondenti alle forniture letali a favore degli Stati terzi finora decise nel quadro dello Strumento (stato dell'arte al 28 febbraio 2025). La prima fornitura risale alla decisione (PESC) 2022/338, del 28 febbraio 2022, a favore dell'Ucraina, mentre l'ultima riguarda la decisione (PESC) 2024/1977 del Consiglio, del 15 luglio 2024, che abroga la decisione (PESC) 2023/1136 relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace a sostegno delle forze armate nigerine con materiali militari concepiti per l'uso letale della forza. Si segnala, inoltre, che di queste quindici forniture, dieci sono state destinate alle forze armate ucraine, due alle forze armate nigerine e le restanti alle forze armate di Benin, Somalia e Moldavia.

menti di “imbarazzo istituzionale” in varie sedi e occasioni²³. Si tratta di un uso del meccanismo di flessibilità selettivo ed orientato dalla postura filorussa del governo in carica²⁴. *In primis*, nell’ottobre 2022 tale Stato membro si è astenuto costruttivamente sulla decisione di istituzione della missione EUMAM Ucraina²⁵, mentre non risulta che abbia effettuato pari dichiarazioni in sede di deliberazione di tre precedenti forniture letali a favore delle forze armate ucraine. Ma, a partire dalla fornitura decisa il 14-15 novembre 2022²⁶, dunque un mese dopo l’istituzione di EUMAM Ucraina, l’Ungheria ha cominciato ad astenersi costruttivamente su tutte le forniture letali destinate all’Ucraina, votando però a favore di quelle destinate ad altri Stati terzi²⁷. Infine, Budapest si è astenuta costruttivamente sulla decisione istitutiva del cd. “Fondo Assistenza Ucraina”²⁸, che consiste in uno stanziamento *ad hoc*, nel quadro dello Strumento, alimentato dai proventi dei beni congelati per effetto della comminazione delle misure restrittive a Mosca²⁹.

²³ Cfr. A. LANG, *Una “sedia vuota” al Consiglio europeo del 14-15 dicembre 2023*, in *EJ*, 18 dicembre 2023. Che la presidenza ungherese del secondo semestre 2024 dell’UE abbia rappresentato un “caso” è oramai chiaro. Ne davano conto *ante litteram* N. PARISI, D. G. RINOLDI, *Il “caso Ungheria” nell’Unione europea: ora si pone la questione della Presidenza del Consiglio*, in questa *Rivista*, n. 2, 2024, p. 1 ss. Sulla condotta discutibile di Budapest all’inizio della sua presidenza semestrale, con particolare riguardo alla missione di Orbán a Mosca, del 5 luglio 2024, cfr. il comunicato stampa *Foreign Affairs Council: Press remarks by High Representative Josep Borrell at the press conference*, Brussels, 22 July 2024.

²⁴ Sulle ragioni di tale condotta, ancor prima dello scoppio della guerra in Ucraina, si soffermavano K. POMORSKA, R. A. WESSEL, *op. cit.*, p. 356.

²⁵ Decisione (PESC) 2022/1968 del Consiglio, del 17 ottobre 2022, relativa a una missione di assistenza militare dell’Unione europea a sostegno dell’Ucraina (EUMAM Ucraina).

²⁶ Cfr. Consiglio, doc. 14945/22, Bruxelles, 9 gennaio 2023.

²⁷ Ad esempio, cfr. decisione (PESC) 2024/1713 del Consiglio, del 13 giugno 2024, relativa a una misura di assistenza nell’ambito dello strumento europeo per la pace per sostenere le forze armate della Repubblica di Moldova con materiale militare concepito per l’uso letale della forza. Dai lavori del Consiglio risulta che l’astensione costruttiva è stata dichiarata da Austria, Irlanda e Malta. Cfr. Consiglio, doc. 8900/1/24, Bruxelles, 30 maggio 2024.

²⁸ Decisione (PESC) 2024/890 del Consiglio, del 18 marzo 2024, che modifica la decisione (PESC) 2021/509, che istituisce uno strumento europeo per la pace.

²⁹ In particolare, cfr. la decisione (PESC) 2024/1470 del Consiglio, del 21 maggio 2024, che modifica la decisione 2014/512/PESC, concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina e altresì, di pari data, sia la decisione (PESC) 2024/1471 del Consiglio sull’assegnazione degli importi del contributo finanziario versato allo strumento europeo per la pace a norma della decisione (PESC) 2024/1470, sia il regolamento (UE) 2024/1469 del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 833/2014 concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina.

Nel complesso, tale esigua ma significativa prassi mostra in concreto l'effetto (appunto) costruttivo³⁰ dell'astensione costruttiva, che incarna la ragione per cui è stato ideato: convertire una postura contraria in una posizione non ostativa, così da consentire all'UE di agire sulla scena internazionale³¹. Ciò detto, la stessa prassi ha posto in evidenza anche alcuni aspetti applicativi emersi *in itinere*, che si potrebbero definire gli "effetti collaterali" dell'astensione costruttiva, sui quali ci si intende soffermare.

3. *L'effetto esentante e l'applicazione differenziata della decisione PESC*

Va preliminarmente ricordato l'effetto esentante dell'astensione costruttiva previsto dall'art. 31 TUE: lo Stato membro dissenziente non è tenuto ad applicare la decisione adottata alla (quasi) unanimità, la quale, dunque, viene attuata in forma differenziata³². Chiaramente, tale modalità attuativa impone una redistribuzione degli oneri tra gli Stati membri che hanno votato a favore della decisione PESC. Finora gli effetti della redistribuzione sono stati minimizzati, soprattutto in ragione del numero ridotto di astensioni costruttive che sono state dichiarate. È, però, emerso un inedito e controverso aspetto applicativo con riguardo allo Strumento.

Infatti, gli Stati membri neutrali che hanno invocato l'astensione costruttiva e non hanno finanziato le forniture letali hanno al contempo dichiarato di *volere* finanziare la fornitura di dispositivi militari non letali per un pari importo. Dunque, nel caso dello Strumento, l'effetto esentante dell'astensione costruttiva è stato riassorbito da una compensazione finanziaria per equivalente. L'Ungheria ha, invece, adottato un approccio meno collaborativo: sin dall'astensione costruttiva sulla fornitura letale all'Ucraina del novembre 2022, tale Stato membro ha sistematicamente dichiarato di riservarsi il di-

³⁰ Secondo una diversa visione, il meccanismo *de quo* è stato definito "distruttivo", come riportano R. BOTTNER, R. A. WESSEL, *Article 31 [Procedures for the Adoption of CFSP Decisions]*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Heidelberg, 2013, p. 1058.

³¹ Cfr. A. LANG, *Articolo 31 TUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati sull'Unione europea e sul funzionamento dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 115.

³² Cfr. E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, IV ed., Torino, 2022, p. 382 ss., secondo cui si tratta di una differenziazione al ribasso, nonché L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea – Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, VII ed., Milano, 2022, p. 143 ss. che si riferisce, invece, a un esempio di attuazione «a più velocità».

ritto di individuare una compensazione; dunque, non ha offerto garanzie a riguardo. La prassi sembra dunque suggerire che tale compensazione abbia natura volontaria, ma invero la questione non è del tutto pacifica.

Infatti, da una parte, il dato normativo parrebbe indicare che ci si trovi di fronte a un obbligo. L'art. 5, par. 3, della decisione istitutiva dello Strumento prevede che, a seguito di invocazione dell'astensione costruttiva, lo Stato membro dissenziente versi un contributo supplementare destinato a misure di assistenza alternative³³. Però, più facoltizzante è il successivo art. 27, secondo cui lo Stato membro dissenziente «può» individuare delle misure di assistenza diverse a cui versare un contributo supplementare entro sei mesi; periodo trascorso infruttuosamente il quale, l'Alto Rappresentante o gli altri Stati membri «individuano» le misure alle quali debbano essere versati i contributi supplementari, cui seguirà proposta nel merito da sottoporre al Consiglio. Nel complesso, ci sembra che la lettura combinata delle pertinenti norme della decisione istitutiva dello Strumento indichi la necessità che si giunga a una compensazione, o volontariamente da parte dello Stato membro dissenziente o, in caso di sua inerzia, per mano dell'Alto Rappresentante o degli altri Stati membri.

Dall'altra parte, diversi elementi depongono a favore della facoltà di apprestare delle compensazioni. Innanzitutto, già nelle dichiarazioni allegare alla proposta della decisione istitutiva dello Strumento, alcuni Stati membri neutrali ne avevano sottolineato la natura volontaria. In particolare, tale posizione è efficacemente espressa nella dichiarazione austriaca, nella quale si legge che «(i)n merito alla decisione del Consiglio che istituisce uno strumento europeo per la pace, l'Austria sottolinea che essa non incide in alcun modo sulle conseguenze delle astensioni costruttive di cui all'articolo 31, paragrafo 1, TUE»³⁴. Inoltre, la natura volontaria delle compensazioni è stata esplicitamente ribadita nella prassi, in particolare nelle singole dichiarazioni di astensione costruttiva di Austria, Irlanda e Malta relative alle forniture letali. Infine, si consideri che gli orientamenti applicativi dello Strumento, approvati pochi mesi dopo la sua istituzione³⁵, si esprimono in termini facoltizzanti con riguardo alle compensazioni. Infatti, oltre a ribadire che lo Stato membro dissenziente «può» indicare altre misure di assi-

³³ In senso analogo si esprime l'art. 26, par. 7, della decisione istitutiva dello Strumento.

³⁴ Cfr. Consiglio, doc. ST 6618 2021, Bruxelles, 18 marzo 2021. In termini analoghi si è espressa Irlanda.

³⁵ Cfr. Consiglio, doc. 10134/21, Orientamenti per il processo decisionale e di preparazione delle misure di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace, Bruxelles, 24 giugno 2021, punto 28.

stenza alle quali intende contribuire, si afferma che «(s)e lo Stato membro interessato non individua o chiede altre misure di assistenza entro sei mesi, l'AR o altri Stati membri *dovrebbero individuare* [corsivo aggiunto] le misure di assistenza alle quali saranno versati tali contributi supplementari»³⁶. Apparentemente, tali orientamenti sembrano convertire l'obbligo che l'art. 27 della decisione istitutiva dello Strumento assegna all'Alto Rappresentante e agli altri Stati membri di sostituirsi allo Stato membro dissenziente (e inadempiente) in una facoltà di agire, rendendo così la compensazione ancora meno certa.

In tale quadro, riteniamo di dover sostenere la natura volontaria delle compensazioni. Infatti, al netto della non univocità del dato normativo e della prassi eloquente, non riteniamo possibile che un atto di diritto derivato – quale è la decisione istitutiva dello Strumento – associ nuovi effetti giuridici a un meccanismo di flessibilità i cui contorni sono definiti dal diritto primario. L'art. 31, par. 1, TUE assegna, infatti, all'astensione costruttiva un effetto esentante, cui associa un obbligo di *non facere*, ovvero astenersi dall'ostacolare l'azione dell'UE. Se dall'invocazione dell'astensione costruttiva debbano invece conseguire altri obblighi – nella fattispecie, la necessità di apprestare una compensazione – tale obbligo di *facere* dovrebbe, a nostro avviso, essere previsto dalla stessa norma primaria, o *expressis verbis* o mediante rinvio al diritto derivato, come è previsto, ad esempio, dallo stesso art. 31 TUE per la clausola passerella della PESC³⁷. Al momento, però, nessuno dei due casi ricorre nella lettera di tale norma primaria³⁸.

Sul punto, va segnalata la posizione della Francia, la quale, nella sua dichiarazione allegata alla proposta di decisione istitutiva dello Strumento, pure afferma che l'obbligo di provvedere alle compensazioni non incide sull'interpretazione dell'art. 31, par. 1, TUE, poiché l'obbligo di compensazione si fonda su una deroga consentita dall'art. 41 TUE, che verte sugli aspetti finanziari della PESC. Infatti, lo Stato membro sostiene che, nel prevedere tale obbligo, «il Consiglio ha deciso, sulla base dell'articolo 41, paragrafo 2, secondo comma, TUE, di istituire, in via eccezionale, un mecca-

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Così recita l'art. 31, par. 3, TUE: «Il Consiglio europeo può adottare all'unanimità una decisione che preveda che il Consiglio delibera a maggioranza qualificata in casi diversi da quelli contemplati al paragrafo 2».

³⁸ Peraltro, tale norma primaria si esprime in termini completi, come l'art. 238, par. 4, TFUE fa con riguardo all'astensione semplice, senza alcun rinvio. Diversamente, ad esempio, fa l'art. 15, par. 4, TUE, laddove prevede che il Consiglio europeo di base voti per *consensus*, salvo che i trattati dispongano diversamente.

nismo di deroga che consenta a tali Stati membri, a determinate condizioni, di non contribuire finanziariamente a misure relative alla fornitura di materiale specificamente concepito per l'uso letale della forza, salvaguardando nel contempo il principio di solidarietà finanziaria per lo strumento nel suo complesso»³⁹.

Nutriamo dubbi su tale interpretazione, per due ragioni. La prima è che l'art. 41 TUE afferma che gli Stati membri che hanno invocato l'astensione costruttiva non sono tenuti a contribuire al finanziamento delle spese aventi implicazioni militari o relative alla difesa; dunque è esclusa la sussistenza di qualsiasi forma di obbligo, né si fa riferimento a oneri di tipo alternativo. Peraltro, tale esenzione riguarda il finanziamento di tutte le spese militari, dunque anche quelle relative alle forniture non letali, finora oggetto di compensazione. La seconda ragione riguarda il rinvio che l'art. 41, par. 2, TUE effettua al diritto derivato, secondo cui il Consiglio unanime può decidere di stabilire una modalità di riparto dei costi alternativa al criterio preordinato del prodotto nazionale lordo. A nostro avviso, tale rinvio autorizza senz'altro il Consiglio ad adottare ogni ulteriore possibile criterio di riparto dei costi militari tra gli Stati membri partecipanti⁴⁰, ma non anche a intervenire su altri aspetti di disciplina della PESC, come nel caso delle procedure decisionali e dei collegati meccanismi di flessibilità.

Che si tratti di obbligo o di facoltà, riteniamo comunque che la prassi suggerisca che l'offerta di compensazioni, da parte degli Stati membri che hanno invocato l'astensione costruttiva, abbia assunto un carattere diffuso. Tale conclusione potrebbe riguardare anche l'Ungheria, la quale, nel dichiarare di riservarsi il diritto di individuare le compensazioni, non le ha offerte, ma nemmeno le ha negate, dunque ne ha riconosciuta l'ammissibilità. Peraltro, non risulta dalla prassi e dalla stampa specializzata – quest'ultima attenta e puntuale osservatrice dei lavori del Consiglio – che ai sensi dell'art. 27 della decisione istitutiva dello Strumento l'Alto Rappresentante o gli altri Stati membri si siano sostituiti a Budapest nell'individuare le compensazioni non proposte, quindi non si può escludere che tale Stato membro abbia infine provveduto. Inoltre, l'ultima modifica apportata allo Strumento pare confermare il carattere diffuso delle compensazioni. Infatti, con la decisione

³⁹ Cfr. Consiglio, doc. ST 6618 2021, cit., p. 6 ss.

⁴⁰ In tal senso si esprimono anche R. SCHMIDT-RADEFELDT, *Article 41 [Financing the CFSP]*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *op. cit.*, p. 1192, nonché T. RAMOPOULOS, *Article 41 TEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2019, p. 270.

(PESC) 2024/3185⁴¹ è stato emendato l'art. 5, par. 3, della decisione istitutiva dello Strumento, per chiarire che una compensazione ha lo stesso valore del finanziamento non versato in seguito all'invocazione dell'astensione costruttiva (cd. «importo di riferimento»), premettendo a tale intervento normativo che «sulla base dell'esperienza acquisita, la pianificazione finanziaria dell'EPF dovrebbe essere migliorata e gli effetti delle astensioni costruttive dovrebbero essere adeguati di conseguenza»⁴². La lettera della novella pare suggerire che, alla luce dell'esperienza maturata in seguito all'ampia prassi intervenuta, si è reso necessario chiarire un aspetto operativo collegato all'entità delle compensazioni.

Le stesse questioni applicative non si pongono, invece, con riguardo alle missioni di pace, poiché le relative decisioni istitutive tacciono con riguardo all'ipotesi che uno o più Stati membri invochino l'astensione costruttiva. Sul piano di fatto, l'effetto esentante del meccanismo *de quo* ha consentito a Cipro non contribuire a EULEX Kosovo e all'Ungheria di non partecipare a EUMAM Ucraina, aumentando l'impegno degli altri Stati membri in termini di sopportazione dei costi e di messa a disposizione delle risorse militari, umane e logistiche. Trattandosi di casi puntuali, la redistribuzione degli oneri è stata facilmente riassorbita⁴³. In particolare, nel caso di EUMAM Ucraina l'assenza dell'Ungheria è stata in parte colmata dalla partecipazione della Norvegia⁴⁴, che ha inviato proprie unità in Polonia e in Germania per la formazione delle forze ucraine. Peraltro, in questo caso, nella dichiarazione di astensione costruttiva dell'Ungheria, la compensazione – o, come suole affermare Budapest, la riserva di individuarla – non è menzionata.

Nulla esclude, però, che in futuro un eventuale Stato membro che intenda astenersi costruttivamente sull'istituzione di una missione di pace offra una compensazione, in modo da improntare in modo solidaristico la propria posizione dissenziente. Ad esempio, tale compensazione potrebbe riguardare l'alleggerimento degli oneri degli altri Stati membri nel quadro di una diversa, e non controversa, missione di pace. In ipotesi, questa soluzione avrebbe consentito sia a Cipro, sia all'Ungheria di riassorbire il mancato

⁴¹ Decisione (PESC) 2024/3185 del Consiglio, del 16 dicembre 2024, che modifica la decisione (PESC) 2021/509 che istituisce uno strumento europeo per la pace.

⁴² *Ivi*, considerando n. 8.

⁴³ Per il caso di Cipro, cfr. EPRS, *Qualified majority voting in common foreign and security policy – A cost of non-Europe report*, cit., p. 22 ss.

⁴⁴ Decisione (PESC) 2023/495 del Comitato politico e di sicurezza, del 28 febbraio 2023, relativa all'accettazione del contributo di uno Stato terzo alla missione di assistenza militare dell'Unione europea in ambito a sostegno dell'Ucraina (EUMAM Ucraina).

contributo, rispettivamente, alla missione civile EULEX Kosovo e alla missione di assistenza militare EUMAM Ucraina. Oppure, nel caso specifico delle operazioni militari, anche non operative, una soluzione potrebbe consistere nella realizzazione di attività o componenti non strettamente militari; ad esempio, nel caso di EUMAM Ucraina, l'Ungheria avrebbe ben potuto provvedere alla formazione delle componenti sanitarie, infine curata dalla Bulgaria. Gli esempi riportati, tra i vari che potrebbero essere formulati, evidenziano come l'individuazione delle compensazioni nell'ambito delle missioni di pace sia possibile sebbene più complessa rispetto al contesto dello Strumento, poiché si rende necessario adottare un approccio *tailored* che tenga conto sia del tipo e delle caratteristiche della missione di pace controversa, sia delle capacità militari e civili di cui dispone lo Stato membro dissenziente.

Nel complesso, a nostro avviso le considerazioni finora svolte evidenziano come l'uso dell'astensione costruttiva possa avvenire in modo diligente o virtuoso. È diligente nella misura in cui gli Stati membri dissenzienti, che si astengono costruttivamente su una decisione PESC, non ne contrastino o ne impediscano l'attuazione, come prevede l'obbligo di *non facere* di cui all'art. 31, par. 1, TUE. Una manifestazione concreta di tale *modus* è costituita dalla condotta ungherese. È però possibile conciliare tale condotta diligente con l'obbligo di sostenere attivamente e senza riserve la PESC in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca, come previsto dall'art. 24, par. 3, TUE⁴⁵. Pertanto, l'uso dell'astensione costruttiva diviene virtuoso se gli Stati membri dissenzienti rispettano il dettato dell'art. 31, par. 1, TUE e, al contempo si attivano per sostenere concretamente l'azione dell'UE. È, quest'ultimo, il caso delle astensioni costruttive dichiarate dagli Stati membri neutrali sullo Strumento e delle compensazioni da questi offerte.

4. *Il caso specifico delle misure restrittive*

Non si registrano casi di astensioni costruttive sulle decisioni PESC che comminano o modificano le misure restrittive a carico di Stati terzi, organi

⁴⁵ In senso conforme, cfr. la posizione espressa dalla Francia sulla proposta della decisione istitutiva dello Strumento. Lo Stato membro afferma, infatti, che la previsione relativa alle compensazioni «non pregiudica l'obbligo degli Stati membri di sostenere attivamente e senza riserve la politica estera e di sicurezza dell'Unione in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca, come previsto dall'articolo 24, paragrafo 3, TUE». Cfr. Consiglio, doc. ST 6618 2021, cit., p. 6 ss.

di Stati e individui, la cui prassi è oramai imponente. La ragione risiede nella necessità di dare uniforme attuazione a tali misure, la cui efficacia sarebbe messa a rischio dall'applicazione differenziata delle relative decisioni PESC⁴⁶.

Ad esempio, si pensi al *visa ban*, che comporta l'impossibilità, per il destinatario, di entrare o transitare nei territori degli Stati membri dell'UE. Nel caso in cui anche solo uno Stato membro dichiarasse l'astensione costruttiva sulla decisione PESC che stabilisse o modificasse tale misura restrittiva, il relativo divieto non sarebbe applicato da tutti gli Stati membri e, di conseguenza, il soggetto sanzionato avrebbe accesso a una parte del territorio dell'UE. Dunque, il fine inibitorio del *visa ban* sarebbe compromesso e la misura risulterebbe meno efficace. Peraltro, qualora aumentasse il numero delle astensioni costruttive, la compromissione dell'efficacia del *visa ban* sarebbe ancora maggiore. E analoghe considerazioni potrebbero riguardare altre misure restrittive – si pensi al congelamento degli *asset* finanziari, agli *embarghi* di armi o alle restrizioni commerciali su determinati beni – la cui efficacia sarebbe compromessa dall'attuazione in forma (più o meno) differenziata.

Peraltro, l'unanime attuazione è necessaria non solo quando l'UE adotta le misure restrittive – per così dire – “da sola”, ma anche e soprattutto quando sono adottate da Bruxelles coordinandosi con gli Stati terzi. È il caso delle cd. *like-minded parties*, che stabiliscono le stesse sanzioni nei confronti dei medesimi destinatari, così da amplificarne l'impatto e l'efficacia. Un esempio è costituito dall'ampliamento dell'elenco dei soggetti sanzionati responsabili di aver compromesso la democrazia e lo Stato di diritto in Myanmar, nonché di aver commesso gravi violazioni dei diritti umani, che l'UE ha disposto insieme al Regno Unito e al Canada⁴⁷. È altresì il caso degli Stati terzi candidati all'adesione e degli Stati terzi parti dell'Associazione europea di libero scambio e dello Spazio economico europeo, che l'UE invita sistematicamente ad allinearsi alle sue misure restrittive, parimenti al fine di garantirne il maggiore impatto⁴⁸. A riguardo, un esempio è costituito dalle sanzioni contro la

⁴⁶ Cfr. C. PORTELA, K. B. OLSEN, *Implementation and monitoring of the EU sanctions' regimes, including recommendations to reinforce the EU's capacities to implement and monitor sanctions*, Bruxelles, 2023.

⁴⁷ Decisione (PESC) 2024/2783 del Consiglio, del 29 ottobre 2024, che modifica la decisione 2013/184/PESC relativa a misure restrittive in considerazione della situazione in Myanmar/Birmania. Cfr. UK, *EU and Canada impose new sanctions targeting Myanmar military*, in *reuters.com*, 29 October 2024.

⁴⁸ Cfr. EEAS, *Increasing the effectiveness of sanctions*, 9 January 2024.

Turchia per le trivellazioni non autorizzate nel Mediterraneo orientale – su cui torneremo – alle quali si sono allineati l’Albania, l’Armenia, la Bosnia-Erzegovina, l’Islanda, la Macedonia del Nord, il Montenegro e la Serbia⁴⁹.

Sicché, per evitare di mettere a rischio l’attuazione unanime delle misure restrittive decise dal Consiglio, dunque la loro piena efficacia, gli Stati membri ricorrono all’astensione semplice *ex art.* 238, par. 4, TFUE per esprimere il loro dissenso in tale ambito specifico della PESC⁵⁰. Come osservato in dottrina, in questo caso l’esigenza di salvaguardare l’efficacia dell’azione internazionale dell’UE determina una limitazione della discrezionalità degli Stati membri nel far uso dell’astensione costruttiva, allineando però la loro condotta al dovere di solidarietà alla PESC *ex art.* 24, par. 3, TUE⁵¹.

Si deve però rilevare che, talora, l’astensione semplice non risponde all’esigenza degli Stati membri di dare concreta espressione al dissenso, che sembra trovare un’unica espressione nel veto. È accaduto, ad esempio, nel 2020, quando a seguito della repressione di piazza e delle intimidazioni avvenute all’indomani delle elezioni presidenziali, nonché delle irregolarità registrate nel processo elettorale, il Consiglio manifestò l’intento di includere dei nuovi individui nell’elenco delle persone e delle entità soggette a misure restrittive imposte nei confronti della Bielorussia.

In quell’occasione, Cipro elevò il proprio veto, poiché la sua proposta parallela di sanzionare la Turchia, che aveva nuovamente violato i suoi diritti sovrani marittimi effettuando delle trivellazioni non autorizzate, era rimasta inesausta. Di fatto, pare che nel corso del negoziato Nicosia non abbia preso in considerazione l’ipotesi di fare ricorso all’astensione *ex art.* 238, par. 4, TFUE (né ad altro meccanismo di flessibilità) per esprimere il proprio dissenso e che, invece, solo una presa di posizione dell’UE contro la Turchia avrebbe consentito la rimozione del veto. Tant’è che, infine, il Consiglio eu-

⁴⁹ Cfr. *Statement by the High Representative on behalf of the EU on the alignment of certain third countries with Council Decision (CFSP) 2025/484 concerning restrictive measures in view of Türkiye’s unauthorised drilling activities in the Eastern Mediterranean*, 21 March 2025.

⁵⁰ Un esempio recente è costituito dall’astensione semplice dell’Ungheria sulle misure restrittive nei confronti di soggetti collegati ad Hamas e alla Jihad islamica. Cfr. decisione (PESC) 2024/1837 del Consiglio, del 28 giugno 2024, che modifica la decisione (PESC) 2024/385 che istituisce misure restrittive nei confronti dei soggetti che sostengono, facilitano o permettono la commissione di atti di violenza da parte di Hamas e della Jihad islamica palestinese. Di tale astensione dà notizia S. DE LA FELD, *Sanctions on violent Israeli settlers, EU finds political agreement*, in *EUnews*, 18 March 2024.

⁵¹ M. E. BARTOLONI, *Simple Abstention and Constructive Abstention in the Context of International Economic Sanctions: Two Too Similar Sides of the Same Coin?*, in *EP*, 2022, *Insight of 4 February 2023*, p. 1124.

ropeo prese posizione contro la Turchia il 1° ottobre 2020⁵², Cipro sciolse il veto il giorno successivo e il Consiglio “affari esteri” adottò all’unanimità la decisione di inasprimento delle sanzioni alla Bielorussia⁵³. Inoltre, pochi giorni dopo il Consiglio adottò una decisione PESC con la quale aggiornò e modificò la lista dei soggetti colpiti dal regime sanzionatorio stabilito nel 2019 contro la Turchia⁵⁴.

In disparte ogni considerazione sulle condotte poste in essere da tale Stato terzo, per le quali si rinvia ad attenta dottrina⁵⁵, a nostro avviso la postura di Cipro è da considerare irrispettosa non solo del dovere di solidarietà alla PESC di cui all’art. 24, par. 3, TUE, ma anche, più in generale, del principio di leale cooperazione previsto dall’art. 4, par. 3, TUE. Infatti, l’utilizzo del veto come «bargaining chip for other negotiations»⁵⁶ nelle vicende relative alle sanzioni a Minsk configura un uso non genuino del dissenso in seno ai lavori del Consiglio, che produce il solo risultato di ostacolare l’azione dell’UE e che, dunque, si pone in contrasto con una delle possibili espressioni del principio di leale cooperazione⁵⁷, anche nella declinazione specifica *ex art.* 24, par. 3, TUE. In altre parole, nel caso in questione la condotta cipriota è carente sul piano della buona fede comunitaria che, sulla base *in primis* dell’obbligo di leale cooperazione, deve ispirare la condotta degli Stati membri nei confronti dell’UE.

A nostro avviso, le ragioni di Cipro, che dal 2019 subisce la violazione delle proprie acque territoriali da parte della Turchia, nonché il regime sanzionatorio stabilito dall’UE nello stesso anno forniscono elementi utili a spiegare l’accomodamento individuato per superare l’*impasse* di cui si è dato conto. Ci si potrebbe, però, domandare cosa sarebbe accaduto se l’episodio non fosse stato “giustificato” dalla condotta illecita continuata della Turchia, dunque se, in ipotesi, si fosse aperto in Consiglio un confronto sull’uso opportunistico del veto e sulle possibili conseguenze. Trattandosi di questioni

⁵² Consiglio europeo, conclusioni, Bruxelles, 1 e 2 ottobre 2020, punto 16 ss.

⁵³ Decisione di esecuzione (PESC) 2020/1388 del Consiglio, del 2 ottobre 2020, che attua la decisione 2012/642/PESC relativa a misure restrittive nei confronti della Bielorussia.

⁵⁴ Decisione (PESC) 2020/1657 del Consiglio, del 6 novembre 2020, che modifica la decisione (PESC) 2019/1894 concernente misure restrittive in considerazione delle attività di trivellazione non autorizzate della Turchia nel Mediterraneo orientale.

⁵⁵ Cfr. S. POLI, A. PAU, *La reazione dell’Unione europea di fronte alla crisi del Mediterraneo orientale: tra misure restrittive e la proposizione di “un’agenda politica positiva” alla Turchia*, in EP, vol. 5, n. 3, 2020, p. 1511 ss.

⁵⁶ EPRS, *Qualified majority voting in common foreign and security policy – A cost of non-Europe report*, cit., p. 21.

⁵⁷ Cfr. R. BOTTNER, R. A. WESSEL, *op. cit.*, p. 1058.

relative alla PESC, e attesa la limitata competenza della Corte di giustizia in tale ambito d'azione dell'UE, si sarebbe potuta svolgere solo una valutazione di tipo politico, che non avrebbe condotto a conseguenze tangibili per lo Stato membro interessato, salvo considerare il caso limite dell'adozione della decisione contro la Bielorussia in costanza di veto. Infatti, a ben vedere, l'atto PESC da adottare era una decisione di esecuzione che aggiornava un regime sanzionatorio già stabilito dal Consiglio all'unanimità, dunque, in ipotesi, si sarebbe anche potuta approvare a maggioranza qualificata ai sensi dell'art. 31, par. 2, TUE.

5. *L'effetto "domino" generato dall'invocazione dell'astensione costruttiva*

L'invocazione dell'astensione costruttiva parrebbe generare anche un effetto "domino", in base al quale lo Stato membro che si è astenuto costruttivamente su una decisione PESC, che si configura come "atto presupposto", non può partecipare all'adozione delle decisioni che vi danno esecuzione, che si possono considerare gli "atti conseguenti". Sebbene tale effetto riposi su una chiara logica giuridica, nella prassi si sono verificati dei fraintendimenti, di cui è bene dar brevemente conto anche per evidenziarne l'incidenza selettiva, essendo stati causati dall'Ungheria in relazione alle misure adottate dall'UE in favore dell'Ucraina.

Sicché, quando tale Stato membro si è astenuto costruttivamente sulla missione EUMAM Ucraina, ha altresì precisato che avrebbe partecipato alle successive deliberazioni del Consiglio sulle proposte di modifica della decisione istitutiva della missione di pace, riservandosi «il diritto di esercitare il proprio diritto di voto a sua piena discrezione quando il Consiglio vota su tali proposte»⁵⁸. A tale precisazione è, però, seguito il chiarimento del Servizio giuridico del Consiglio, secondo il quale, invece, «l'astensione costruttiva riguarderà necessariamente tutti gli atti successivi che applicano o mettono in atto in altro modo la decisione di base del Consiglio, quali l'approvazione del piano della missione o la nomina del comandante della missione» e non, invece, «gli atti giuridici che modificano sostanzialmente la decisione di base del Consiglio, come il suo rinnovo o la decisione di spostare la missione in Ucraina»⁵⁹, sui quali l'Ungheria può, invece, esercitare il diritto di voto.

Invero, non si comprende perché le vicende modificative riguardanti la

⁵⁸ Cfr. Consiglio, doc. 13777/22, Bruxelles, 27 ottobre 2022, punto 5.

⁵⁹ *Ivi*, p. 6.

missione di pace – quali, appunto, la proroga del mandato o lo spostamento delle attività in altro luogo – sfuggano all'effetto “domino”, atteso che lo Stato membro che ha invocato l'astensione costruttiva si è dissociato *ab initio* dal contenuto della decisione PESC da adottare, dunque, in teoria, non dovrebbe più poter entrare nel merito dell'azione intrapresa dall'UE. Ad ogni buon conto, il messaggio inviato all'Ungheria ci sembra chiaro e attiene alla circostanza che l'invocazione dell'astensione costruttiva determina l'impossibilità, per lo Stato membro che l'ha dichiarata, di votare quantomeno sulle decisioni successive «che applicano o mettono in atto in altro modo» la decisione PESC di base.

Lo stesso è accaduto con riguardo all'istituzione del Fondo Assistenza Ucraina. Dopo essersi astenuta costruttivamente, l'Ungheria ha minacciato di porre il veto sulle decisioni di erogazione del fondo in questione⁶⁰. Tale blocco decisionale ha suscitato le proteste degli Stati membri e del precedente Alto Rappresentante PESC, che ha definito la condotta di Budapest «unacceptable» e «unbearable»⁶¹. È, però, nuovamente intervenuto il Servizio giuridico del Consiglio, il quale ha ribadito, in sintesi, che l'astensione costruttiva sull'atto presupposto determina la non partecipazione all'adozione degli atti conseguenti, nella fattispecie rappresentati dalle singole decisioni PESC di erogazione del fondo dedicato.

Non è chiaro se l'Ungheria avesse tralasciato di considerare l'effetto “domino” dell'astensione costruttiva. Ma, a parte alcune dichiarazioni di protesta, non risulta che Budapest abbia formulato delle sostanziali obiezioni in punto di diritto sulle precisazioni fornite, in entrambe le occasioni, dal Servizio giuridico del Consiglio.

6. *Le prospettive di tale meccanismo di flessibilità*

Volgendo lo sguardo alle prospettive dell'astensione costruttiva, a diritto vigente è presumibile che interverrà della nuova prassi, soprattutto in relazione alle forniture letali erogate nel quadro dello Strumento e, finché l'attuale governo ungherese resterà in carica, anche rispetto alle azioni che

⁶⁰ Ne danno conto H. FOY, *EU seeks to insulate itself from Viktor Orbán's vetoes. Hungary's Eurosceptic premier has blocked an increasing number of Ukraine-related decisions*, in *Financial Times*, 25 June 2024; J. BARIGAZZI, *EU approves up to €1.4B military aid to Ukraine from Russian frozen assets*, in *Politico*, 24 June 2024.

⁶¹ Cfr. *Foreign Affairs Council: Press remarks by High Representative Josep Borrell at the press conference*, cit.

l'UE intraprenderà a favore dell'Ucraina in guerra. Naturalmente, l'auspicio è che la prassi relativa al meccanismo *de quo* resti contenuta nei numeri e che gli effetti delle astensioni costruttive dichiarate siano compensati, non soltanto nel quadro dello Strumento.

A lungo termine, invece, le indicazioni provenienti dal dibattito sulla revisione dei trattati appaiono discordanti. Da una parte, si propone il superamento dell'unanimità a favore della maggioranza qualificata, il che comporterebbe l'automatica cassazione dell'astensione costruttiva. Lo hanno domandato i cittadini europei nella Conferenza su futuro dell'Europa e, in recepimento di tale istanza, l'ha proposto il Parlamento europeo, nella cui risoluzione sulla modifica dei trattati è prevista la generalizzazione della maggioranza qualificata, anche in ambito PESC⁶². La stessa posizione abolizionista è stata assunta dagli esperti; è il caso del recente rapporto franco-tedesco, nel quale si propone la generalizzazione della maggioranza qualificata, eventualmente da raggiungere per passi, in particolare partendo dal macro-ambito dell'allargamento e dello Stato di diritto, nonché dalla PESC e dalla politica fiscale⁶³.

Dall'altra, invece, si deve rammentare che diversi Stati, pur modesti nel numero, supportano il mantenimento dell'unanimità o, comunque, della necessità di conseguire il consenso unanime (anche) nella PESC. È il caso dell'Ungheria e della Polonia, divise sul sostegno all'Ucraina e sulle sanzioni contro la Russia, ma unite nel voler mantenere il diritto di veto in ambito PESC⁶⁴, o della Croazia e, forse, anche della Bulgaria⁶⁵. Indipendentemente dal merito di tali posizioni, si deve ricordare che il favore per l'unanimità, anche da parte di un solo Stato membro, costituisce un dato dirimente rispetto a ogni sviluppo *de jure condendo*. Infatti, ci si domanda come sarebbe possibile abolire tale metodo di voto (e, con esso, il suo temperamento) senza il consenso di tutti gli Stati membri, chiamati a ratificare le modifiche ai trattati, affinché questi possano entrare in vigore. Riteniamo, dunque, realistico affermare che l'unanimità sia mantenuta e che gli Stati membri, incoraggiati dalla prassi finora intervenuta, facciano un maggior uso dell'astensione costruttiva, se e quando necessario. Piuttosto, in sede di revisione

⁶² Cfr. la risoluzione, del 22 novembre 2023, sulle proposte relative del Parlamento europeo per quanto riguarda la modifica dei trattati, emendamento n. 55.

⁶³ Cfr. FGWP, *Sailing on High Seas: Reforming and Enlarging the EU for the 21st Century*, cit., p. 21 ss.

⁶⁴ Cfr. J. LIBOREIRO, *Hungary and Poland rally allies to defend veto power in EU foreign policy*, in *Euronews*, 23 May 2023.

⁶⁵ Cfr. J. GOTKOWSKA, K. KAZIMIERSKA, S. SZTYK, *op. cit.*, p. 4.

dei trattati si potrebbero considerare delle modifiche al meccanismo *de quo*, così da aggiustarne il funzionamento, sulle quali non è escluso che si possa coagulare il consenso degli Stati membri.

Ad esempio, si potrebbe ipotizzare di porre un obbligo di motivazione a corredo della dichiarazione di astensione costruttiva, così da farne emergere le ragioni ed evidenziarne il collegamento diretto con il merito dell'adottanda decisione PESC. In questi termini si è espresso il Belgio negli ultimi giorni della sua presidenza semestrale del 2024 e in senso conforme depone buona parte della prassi qui commentata, già con riguardo all'astensione costruttiva del 2008. Non si può, inoltre, tacere la posizione della dottrina, che *ante litteram* ha considerato implicito tale obbligo⁶⁶. Merita, infine, richiamare la posizione del Segretariato generale del Consiglio, che nel suo (a nostro avviso, prezioso) commento del regolamento interno del Consiglio afferma, in buona sostanza, che una dichiarazione in sede di voto dovrebbe contenere delle indicazioni atte a comprenderne la *ratio*⁶⁷. Naturalmente, stante il perimetro della competenza della Corte di giustizia in ambito PESC, si tratterebbe di un obbligo non giustiziabile, dunque privo di sanzione, che assumerebbe un valore preminentemente politico. Ciò nonostante, anche la sanzione politica – ad esempio, già il solo *naming and shaming* – potrebbe costituire un utile deterrente all'uso improprio dell'astensione costruttiva.

Inoltre, in vista degli allargamenti, dunque di un'UE a trenta o più Stati membri, si potrebbe rivedere il numero massimo di astensioni costruttive invocabili. Infatti, nella prospettiva di un utilizzo esteso del meccanismo di flessibilità, l'attuale frazione di 1/3 degli Stati membri (che totalizzino almeno 1/3 della popolazione europea) potrebbe esentare un numero eccessivo di Stati membri dall'esecuzione della decisione PESC, così compromettendo l'unitarietà dell'azione dell'Unione. L'art. 31, par. 1, TUE potrebbe dunque essere modificato, prevedendo, ad esempio, che il numero massimo di astensioni costruttive dichiarabili sia pari al numero di nove Stati membri, rappresentativi di almeno 1/4 della popolazione dell'UE. Con tale riformulazione, la frazione di 1/3 attualmente prevista dall'art. 31, par. 1, TUE, che corrisponde a nove Stati membri, verrebbe mantenuta anche in un'UE a trenta Stati membri e, nella prospettiva di una

⁶⁶ Cfr. B. BONAFÈ, *Articolo 31 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 269. Più di recente, cfr. E. TRIGGIANI, U. VILLANI, *Comprendere l'Unione europea*, Bari, 2022, p. 180.

⁶⁷ Cfr. Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea, *Commento del regolamento interno del Consiglio*, Bruxelles, 2022, pp. 68-69.

membership a trentacinque, il numero massimo di astensioni costruttive dichiarabili si attesterebbe attorno a 1/4 dei membri del Consiglio.

Infine, si deve dar conto di una proposta proveniente dagli ambienti istituzionali, secondo cui la procedura relativa all'astensione costruttiva potrebbe essere modificata nella direzione di consentire a una percentuale di Stati membri di chiedere o imporre (al momento, sono ancora contemplate entrambe le ipotesi) allo Stato membro dissenziente di far uso del meccanismo in questione⁶⁸. La proposta è meritevole di attenzione, poiché è tesa a facilitare l'azione dell'UE sulla scena internazionale, ma, a nostro avviso, va attentamente valutata. Infatti, finché si tratta di chiedere o sollecitare uno Stato membro a fare ricorso all'astensione costruttiva, l'ipotesi è percorribile e, forse, raccoglierebbe il consenso degli Stati membri in sede di revisione dei trattati. Laddove, invece, la proposta virasse nella direzione di imporre un obbligo allo Stato membro dissenziente, riteniamo che tale modifica all'art. 31, par. 1, TUE non godrebbe dell'unanime sostegno degli Stati membri dell'UE.

7. *Il freno di emergenza: brevi considerazioni in assenza di prassi*

Come noto, l'invocazione del freno di emergenza previsto dall'art. 31, par. 2, TUE consente a uno Stato membro dissenziente di bloccare l'adozione a maggioranza qualificata di una decisione PESC per «specificati e vitali motivi di politica nazionale»⁶⁹. In assenza di prassi, è possibile svolgere solo alcune considerazioni su tale meccanismo di flessibilità, ponendolo a confronto con l'astensione costruttiva, nei limiti che una siffatta comparazione consente.

In primo luogo, alla luce di quanto finora evidenziato, si deve osservare che mentre l'astensione costruttiva produce più effetti, il freno di emergenza sembra produrne solo uno, consistente nel sospendere la votazione di una adottanda decisione PESC, dunque nel rallentare l'azione dell'UE. Infatti, l'attivazione del meccanismo in questione apre una fase di negoziato, curata dall'Alto Rappresentante, il cui fine è tentare di trovare una soluzione accettabile per lo Stato membro dissenziente in relazione alla decisione posta "in sospeso". Se la soluzione è individuata, la decisione PESC potrà essere

⁶⁸ EPRS, *Qualified majority voting in common foreign and security policy – A cost of non-Europe report*, cit., p. 37 ss.

⁶⁹ In generale, cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, IV ed., Torino, in particolare p. 629 e p. 635 ss., spec. p. 649.

adottata dal Consiglio, mentre, in caso contrario, la stessa istituzione potrà, deliberando a maggioranza qualificata, rimettere la questione al Consiglio europeo «in vista di una decisione all'unanimità».

È ben chiaro che, nel caso infausto di mancato accordo tra l'Alto Rappresentante e lo Stato membro dissenziente, l'*iter* che si prospetta è incerto e potrebbe condurre a un blocco decisionale nella PESC. Infatti, sempre che il Consiglio decida di rinviare la questione al Consiglio europeo, non è detto che quest'ultima istituzione deliberi all'unanimità in presenza dello Stato membro dissenziente. Salvo il caso che nell'istituzione di più alto livello si raggiunga un compromesso non consentito al livello istituzionale inferiore, ci sembra difficile che il Capo di un Esecutivo giunga a smentire il "suo" Ministro degli esteri⁷⁰. Rispetto all'astensione costruttiva, il freno di emergenza ci sembra, dunque, decisamente meno funzionale a garantire che l'azione internazionale dell'UE sia tempestiva ed efficace.

Inoltre, ci si potrebbe interrogare sul presupposto che deve ricorrere per poter tirare il freno di emergenza, dunque su cosa si intende per «specificati e vitali motivi di politica nazionale» che lo Stato membro dissenziente deve esplicitare. Infatti, a differenza dell'astensione costruttiva, l'art. 31, par. 2, TUE associa un obbligo di motivazione alla scelta di tirare il freno di emergenza, così da evidenziarne le ragioni, dunque il collegamento con il contenuto della adottanda decisione PESC.

Ebbene, pur in assenza di prassi, si possono svolgere alcune considerazioni di carattere generale sulla nozione di «specificati e vitali motivi di politica nazionale». Sicché, in base alla lettera della norma primaria, si deve ritenere che tali motivi debbano riguardare aspetti fondamentali dello Stato membro interessato e della relativa comunità nazionale⁷¹. Depone a favore di tale conclusione la circostanza che la precedente versione dell'art. 31, par. 2, TUE fissava a presupposto del freno di emergenza che ricorressero degli «importanti motivi di politica nazionale», poi divenuti «vitali» a Lisbona secondo un aggravio che pare suggerire la volontà di limitare le ipotesi applicative. Se così è, il freno di emergenza va dunque invocato in casi estre-

⁷⁰ Così G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea*, IX ed., Torino, 2023, p. 39 ss. Peraltro, da più parti è stato evidenziato come, in tale *iter*, del Consiglio svolga il ruolo di "organo di appello"; in tal senso, cfr. V. EDJAHARIAN, *Article 15 [The European Council]*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *op. cit.*, p. 623, nonché P.-J. LOEWENTHAL, *Article 15 TEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *op. cit.*, p. 145.

⁷¹ Cfr. E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 382 ss., che definisce «rilevanti» tali motivi di politica nazionale.

mi⁷² e non, ad esempio, nel caso in cui si crei un contrasto tra la proposta di decisione PESC da adottare a maggioranza qualificata e la linea politica del governo in carica. Una conferma in tal senso giunge anche dal dibattito sulla riforma dei trattati. Infatti, rispetto a tali motivi, il documento franco-tedesco si riferisce a «national interests as core state powers»⁷³, quindi a segmenti tradizionalmente vicini al cuore delle sovranità nazionali, quali, ad esempio, la politica estera, la difesa, l'ordine interno o la giustizia.

Ciò detto, la qualificazione degli «specificati e vitali motivi di politica nazionale» – e, al suo interno, la nozione di «politica nazionale», da distinguere da quella di «politica del governo»⁷⁴ – ci appare comunque di non agevole ricostruzione⁷⁵.

8. *La sua “valenza costruttiva” in prospettiva de jure condendo*

Piuttosto, dai dibattiti sui processi decisionali in ambito PESC e sulla riforma dei trattati emergono delle indicazioni relative a una possibile “valenza costruttiva” del freno di emergenza, che è bene mettere in luce poiché foriera di interessanti sviluppi nell'UE.

Sul piano generale, va nuovamente ricordato che il maggior ricorso alla maggioranza qualificata è ampiamente sostenuto dai cittadini, dalle istituzioni e da diversi Stati membri. Da una parte, la Commissione e il Parlamento hanno regolarmente sollecitato il maggior ricorso a tale *quorum* deliberativo,

⁷² B. BONAFÈ, *op. cit.*, p. 271.

⁷³ Cfr. FGWP, *Sailing on High Seas: Reforming and Enlarging the EU for the 21st Century*, cit., p. 22.

⁷⁴ Sul punto, cfr. M. DOGLIANI, *La determinazione della politica nazionale*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 2008.

⁷⁵ Come, peraltro, critico è l'aspetto relativo alla qualificazione di tali «specificati e vitali motivi», come osserva A. LANG, *Articolo 31 TUE*, cit., p. 116, poiché non è chiaro se ogni Stato membro sia libero di qualificare come vitali i propri motivi o se la qualificazione debba essere oggetto di discussione in seno al Consiglio. Secondo un altro orientamento, gli Stati membri sono liberi di qualificare tali motivi come vitali, anche se il principio di leale cooperazione – sia nella versione generale *ex art. 4, par. 3, TUE*, sia in quella dedicata alla PESC *ex art. 24, par. 3, TUE* – dovrebbe guidarli nell'invocare solo motivi «truly essential» (cfr. R. BOTTNER, R. A. WESSEL, *op. cit.*, pp. 1065 e 1058). Sulla stessa linea si esprime T. RAMOPOULOS, *Article 31 TEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *op. cit.*, p. 247, il quale evidenzia, però, che sebbene «the duty of loyalty sets the outer limits of the capacity of MS to invoke the emergency break, ... legal enforcement of this principle in such cases is constitutionally and politically rather difficult, if not impossible».

anche facendo ricorso alle clausole passerella⁷⁶. A favore della generalizzazione della maggioranza qualificata si sono espressi altresì dei gruppi di Stati⁷⁷ e gli esperti⁷⁸.

Dall'altra, i cittadini e il Parlamento propongono di cassare l'unanimità a favore della maggioranza qualificata, nelle due versioni già previste dai trattati vigenti, ma ritoccate nei *quorum* e senza la previsione della minoranza di blocco⁷⁹. Infatti, la maggioranza qualificata dovrebbe raccogliere almeno i 2/3 (in luogo del 55 %) dei membri del Consiglio in rappresentanza di almeno il 50 % (al posto del 65 %) della popolazione europea⁸⁰, mentre la maggioranza qualificata rafforzata verrebbe raggiunta con i voti favorevoli di almeno i 4/5 (in luogo del 72 %) dei membri del Consiglio in rappresentanza di almeno il 50 % (al posto del 65 %) della popolazione dell'UE⁸¹. L'istituzione assembleare propone una sola eccezione all'uso generalizzato della maggioranza qualificata, ovvero l'avvio di operazioni militari con mandato esecutivo, che sarebbe soggetto al «consenso» del Consiglio, previa approvazione del Parlamento, non raggiunto il quale la decisione PESC si considera adottata a meno che quattro o più Stati membri non sollevino obiezioni⁸². Trattasi di un emendamento curioso, poiché, nell'ampio respiro riformatore che percorre la proposta, il Parlamento pare mantenere sia un cenno di *consensus*, sia l'istituto della minoranza di blocco.

Quale che sia la strada scelta, il freno di emergenza dovrebbe essere mantenuto come conseguenza della volontà di ampliare o di generalizzare l'uso del *quorum* deliberativo di cui costituisce il temperamento. Così afferma la proposta del Parlamento, che riformula l'*iter* conciliatorio previsto dall'art. 31, par. 2, TUE, riducendolo alla facoltà dello Stato membro dissenziente di chiedere, per specifici e vitali motivi di politica nazionale, che «della questione sia investito il Consiglio europeo»⁸³.

Anche il documento franco-tedesco del 2023 prevede il mantenimento del freno di emergenza, in particolare valorizzandolo come incentivo al

⁷⁶ Cfr. S. KOTANIDIS, *Clausole passerella nei Bruxelles dell'UE. Opportunità per un processo decisionale sovranazionale più flessibile*, Brussels, 2020.

⁷⁷ *Supra*, paragrafo 1 del presente lavoro.

⁷⁸ Cfr. FGWP, *Sailing on High Seas: Reforming and Enlarging the EU for the 21st Century*, cit., p. 8 e p. 20 ss.

⁷⁹ Cfr. l'art. 16, par. 4, TUE.

⁸⁰ Cfr. la risoluzione, del 22 novembre 2023 sulle proposte relative del Parlamento europeo per quanto riguarda la modifica dei trattati, emendamento n. 35.

⁸¹ *Ivi*, emendamento n. 36.

⁸² *Ivi*, emendamento n. 64.

⁸³ *Ivi*, emendamento n. 56.

maggior ricorso alla maggioranza qualificata. Infatti, gli esperti affermano che l'estensione progressiva o la generalizzazione della maggioranza qualificata sarebbe più accettabile per gli Stati membri contrari se fosse accompagnata dalla previsione di un «sovereignty safety net» simile al freno di emergenza previsto dall'art. 31, par. 2, TUE. Sicché, la previsione di tale meccanismo di salvaguardia rimuoverebbe *ex ante* le eventuali posizioni contrarie all'ipotesi di un più ampio uso della maggioranza qualificata nell'ordinamento dell'UE, poiché darebbe conforto ai «legitimate concerns of Member States regarding QMV and the protection of national interests as core state powers»⁸⁴. Peraltro – aggiungono gli esperti – tale indicazione non riguarderebbe solo la codificazione di tale «sovereignty safety net» in fase di revisione dei trattati, ma varrebbe anche a diritto vigente, dunque qualora si facesse uso delle clausole passerella per ampliare *ad hoc* i casi di uso della maggioranza qualificata⁸⁵.

Pertanto, se a diritto vigente il freno di emergenza rappresenta una spada di Damocle sulle votazioni a maggioranza qualificata in ambito PESC, in prospettiva se ne può apprezzare la “valenza costruttiva” a favore dello stesso *quorum* deliberativo, consistente nell'incoraggiare gli Stati membri, anche quelli tradizionalmente contrari⁸⁶, a sostenerne il maggior uso. In tal senso, riprendendo autorevoli spunti, riteniamo dunque di poter affermare che il freno di emergenza «va previsto, ma non deve servire»⁸⁷. Infatti, finché il freno di emergenza resti inerte, se ne può apprezzare l'evidenziata “valenza costruttiva”, mentre, qualora fosse tirato, nella PESC produrrebbe la sospensione della votazione di una proposta di decisione e aprirebbe la prospettiva di un possibile blocco decisionale.

⁸⁴ Cfr. FGWP, *Sailing on High Seas: Reforming and Enlarging the EU for the 21st Century*, cit., p. 22. Peraltro, tale ipotesi è stata percorsa anche da parte della letteratura, prendendo però ispirazione dai freni di emergenza di ambito TFUE, con particolare riguardo alla cooperazione penale (artt. 82, par. 3, e art. 83, par. 3, TFUE). Nè dà conto EPRS, *Qualified majority voting in common foreign and security policy – A cost of non-Europe report*, cit., p. 20.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Parrebbe che mentre nove Stati membri siano favorevoli al mantenimento dello *status quo*, i restanti diciotto appoggerebbero l'applicazione dell'art. 31 TUE o, se non apertamente favorevoli, parte di essi sarebbero orientati in quella direzione. Ne dà conto M. PISKLOVÁ, *QMV in CFSP: Impending necessity or resurfacing utopia?*, Europeum – Institute for European Policy, Bruxelles, 2023. Su tale ricognizione, cfr. anche EPRS, *The implementation of Article 31 of the Treaty on European Union and the use of Qualified Majority Voting – Towards a more effective Common Foreign and Security Policy?*, cit., p. 65 ss.

⁸⁷ L'espressione, a nostro avviso molto efficace, è stata utilizzata dal Prof. Michele Velano nel corso del seminario di cui il fascicolo in questione costituisce la raccolta degli atti, in particolare nel corso del confronto sulla relazione posta alla base del presente scritto.

9. *Brevi considerazioni finali*

Al netto delle prospettive *de jure condendo*, incerte nei tempi⁸⁸ e nei contenuti, quanto finora emerso consente di affermare la necessità che gli Stati membri facciano un uso genuino e *cum grano salis* dell'astensione costruttiva e del freno di emergenza.

A guidarli c'è senz'altro l'art. 31 TUE e, con riguardo all'astensione costruttiva, la prassi finora intervenuta, che ha evidenziato alcuni rilevanti aspetti applicativi. Ciò detto, riteniamo che un ruolo rilevante possa essere giocato anche dal dovere di solidarietà alla PESC, il quale, come ha ricordato il precedente Alto Rappresentante PESC commentando i blocchi decisionali di Budapest alle decisioni di erogazione del Fondo Assistenza Ucraina, «is there not for decoration, it is not there as empty words. Each Member States is sovereign on its foreign policy, [it is] true. But as far as they are members of this club [European Union] they have to obey to the treaties and, in particular, to this article which is asking for loyal cooperation and implementation of the common positions on foreign policy. It is not something that you can do or not; you have to [do it]»⁸⁹.

Ebbene, riteniamo che il dovere di solidarietà alla PESC possa guidare gli Stati membri in due direzioni. Innanzitutto, assistendoli nel decidere se avvalersi di uno dei meccanismi di flessibilità previsti dall'art. 31 TUE. Infatti, il sostegno attivo e senza riserve alla PESC, così come lo spirito di lealtà e solidarietà che deve muovere gli Stati membri, comporta non solo che lo Stato membro dissenziente si astenga dal fare un uso improprio dei meccanismi in questione, ma altresì che operi una valutazione attenta delle proprie scelte, il cui esito potrebbe portare a far prevalere l'interesse a garantire l'efficacia e la tempestività della PESC sulle esigenze nazionali. Secondariamente, nell'ipotesi in cui, infine, lo Stato membro dissenziente decida di attivare uno dei due meccanismi, il dovere di solidarietà alla PESC implica la necessità di operare una valutazione sull'impatto di tale decisione e di minimizzarne gli effetti. Pertanto, nel caso dell'astensione costruttiva, tale

⁸⁸ Nell'incertezza che regna sui relativi tempi, il percorso pare comunque avviato. Entro la primavera 2025, la Commissione dovrebbe presentare al Consiglio un rapporto riguardante i quattro ambiti dei valori, delle politiche, del bilancio e, infine, della *governance*. Nel giugno 2025, quasi al termine della presidenza polacca, il Consiglio dovrebbe presentare una relazione sulle riforme interne necessarie in tali quattro ambiti. Cfr. www.consilium.europa.eu/it/policies/internal-reforms-of-the-eu/#roadmap.

⁸⁹ Cfr. *Foreign Affairs Council: Press remarks by High Representative Josep Borrell at the press conference*, cit.

valutazione dovrebbe condurre a offrire delle compensazioni atte a incidere il meno possibile sugli altri Stati membri e sull'azione dell'UE. Invece, nel caso del freno di emergenza, in ipotesi tale valutazione dovrebbe riguardare la postura da tenere nel corso dell'*iter* conciliatorio previsto dall'art. 31, par. 2, TUE, che dovrebbe essere ispirata alla volontà di trovare una soluzione che consenta all'UE di agire sulla scena internazionale, e non, invece, a ostacolarne la ricerca.

Abstract (ita)

Il contributo si sofferma sui meccanismi di flessibilità che l'art. 31 TUE pone a temperamento dell'unanimità e della maggioranza qualificata. Da una parte, per dare conto sia delle recenti prassi sull'astensione costruttiva e degli aspetti applicativi emersi *in itinere*, sia dei possibili sviluppi in vista della prossima revisione dei trattati. Dall'altra, per svolgere alcune brevi considerazioni sul freno di emergenza in assenza di prassi e per evidenziarne la "valenza costruttiva" in prospettiva *de jure condendo*. Chiudono il contributo alcune brevi considerazioni su come il dovere di solidarietà alla PESC può indirizzare gli Stati membri nell'uso di tali meccanismi di flessibilità.

Abstract (eng)

This contribution focuses on the flexibility mechanisms provided for Article 31 TEU with specific regard to unanimity and qualified majority. Firstly, it relates on the constructive abstention recent practice (and some implementation aspects), and to possible developments in the future EU treaties reform. Secondly, it carries out some brief considerations on the emergency brake (in absence of practice), highlighting the "constructive role" that this mechanism can play in the next treaties reform. Some final considerations on the use of these mechanisms and the duty of solidarity to CFSP will conclude this contribution.

LA CORTE DI GIUSTIZIA DEFINISCE LA VEXATA QUAESTIO DELLA FIRMA DEGLI ACCORDI INTERNAZIONALI DELL'UNIONE

Alfredo Rizzo*

SOMMARIO: 1. La firma degli accordi dell'Unione prima e dopo Lisbona. – 2. L'accordo di partenariato nel settore della pesca con il Gabon. – 3. I punti salienti della pronuncia. – 3.1. La parte dispositiva della sentenza. – 3.2. Le motivazioni. – 4. Considerazioni conclusive e questioni aperte.

1. *La firma degli accordi dell'Unione prima e dopo Lisbona*

La sentenza in commento¹ offre molteplici spunti di riflessione, molti dei quali già messi in evidenza dalla precedente dottrina intervenuta a commento delle conclusioni rese dall'Avvocato generale Kokott sulla medesima questione sottoposta alla Corte².

La sentenza della Corte di giustizia in esame risolve un contenzioso sollevato dalla Commissione europea attraverso un ricorso per l'annullamento parziale di una decisione del Consiglio dell'Unione³ con cui tale istituzione conferiva alla propria Presidenza di turno la nomina della persona competente ad eseguire la firma di un protocollo del 2021 annesso all'accordo di partenariato in materia di pesca (APP) tra la Comunità europea e il Gabon⁴.

* Foro di Roma – Cultore di diritto internazionale (Università di Perugia).

¹ Corte giust. 9 aprile 2024, C-551/21, *Commissione/Consiglio*, si veda commento di F. TOMAZINI DE SOUZA, *Who You Gonna Call? Insights from the ECJ's Case C-551/21 on the Signature of International Agreements*, in EP, 2024, p. 121 ss. Si veda anche, D. GENINI, *Breaking a Tradition: How Signing of Agreements Is No Longer a Matter for the Council*, *ibidem*, 2024, p. 145 ss.

² Sulle conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, del 13 luglio 2023, C-551/21, *Commissione/Consiglio*, si veda A. AMATO, *Chi deve firmare gli accordi internazionali stipulati dall'Unione europea? Brevi note a margine delle conclusioni dell'Avvocato generale Kokott alla causa Commissione c. Consiglio (Signature d'accords internationaux)*, in BlogDUE, 20 giugno 2023.

³ Decisione (UE) 2021/1117 del Consiglio, del 28 giugno 2021, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria del protocollo di attuazione dell'accordo di partenariato nel settore della pesca tra la Repubblica gabonese e la Comunità europea (2021-2026) ST/9170/2021/INIT.

⁴ Accordo approvato in virtù del regolamento n. 450/2007 del Consiglio, del 16 aprile 2007, relativo alla conclusione dell'accordo di partenariato nel settore della pesca tra la Repubblica gabonese e la Comunità europea. A tale regolamento viene fatto riferimento nel Re-

Con tale sentenza la Corte accoglie il ricorso della Commissione, non senza rilevare diversi aspetti che, tuttavia, nel riconoscere alla Commissione stessa il potere di apporre la firma agli accordi internazionali dell'Unione, allo stesso tempo contribuiscono a circoscrivere la portata effettiva di tale potere.

Nella pronuncia la Corte ha, peraltro, eluso la questione (pur suggerita dall'Avvocato generale⁵) del ruolo attribuibile alle delegazioni all'estero dell'Unione europea, anche ai fini della firma, da parte di tali stesse delegazioni, di almeno alcune categorie di accordi dell'Unione con il Paese ospite⁶.

Il ricorso per cui è la pronuncia in esame si incentrava sul contrasto tra la proposta di decisione della Commissione e quella definitivamente adottata dal Consiglio ai fini della firma di un accordo per il rinnovo del protocollo richiamato. Il Consiglio, infatti, all'art. 2 della suindicata decisione (n. 2021/1117) oggetto di ricorso, aveva autorizzato la Presidenza del Consiglio ad individuare la persona abilitata alla firma del protocollo a nome dell'Unione. La Commissione aveva invece proposto di imputare al segretariato del Consiglio di definire lo strumento dei pieni poteri per la firma del protocollo CE/Gabon, con riserva della sua conclusione, «*per la persona indicata dalla Commissione*»⁷.

La sentenza in questione, dunque, affronta i profili problematici emergenti dalla fase attinente alla *firma* da parte delle istituzioni dell'Unione di accordi con Paesi terzi (cfr. art. 218 par. 5 TFUE), là dove tali fonti riguardano ambiti materiali rispetto ai quali l'Unione eserciti competenze di tipo concorrente con quelle dei propri Stati membri.

A tale riguardo, vale la pena di ricordare che nel parere sul *Protocollo di Cartagena*⁸ (concernente la conclusione, da parte della Comunità europea, del Protocollo di Cartagena sugli Organismi geneticamente modificati, an-

golamento 2021/1116, del 28 giugno 2021, relativo alla ripartizione delle possibilità di pesca di cui al protocollo di attuazione del citato accordo di partenariato (2021-2026).

⁵ Si vedano le conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, *Commissione/Consiglio*, sopra citate, par. 62 ss.

⁶ In tema cfr. art. 221 TFUE nonché C. CURTI GIALDINO, *Diritto diplomatico-consolare internazionale ed europeo*, Torino, 2024, p. 670 ss.

⁷ Così art. 2 della proposta di decisione del Consiglio relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria del protocollo di attuazione (2021-2026) dell'accordo di partenariato nel settore della pesca tra la Repubblica gabonese e la Comunità europea COM (2021) 246final.

⁸ Corte giust. parere 6 dicembre 2001, 2/00, su cui si veda la nota di A. DASHWOOD, *Opinion 2/00, Cartagena Protocol on Biosafety*, in CMLR, 2002, p. 335 ss.

nesso alla Convenzione denominata “Summit sulla terra”⁹) la Corte di giustizia aveva indicato la necessità di mantenere distinti, da un lato, l’atto del Consiglio che “autorizza” la firma, e, dall’altro, quello di conclusione di un accordo internazionale da parte dell’Unione, e ciò specificamente al fine di garantire l’impugnabilità ai termini dell’attuale art. 263 TFUE *separatamente* di tali atti. Ciò sul presupposto per cui «[...] l’atto che autorizza la firma dell’accordo internazionale e quello che ne pronuncia la stipulazione costituiscono due atti giuridici distinti che comportano obblighi essenzialmente distinti per le parti interessate, in quanto il secondo non costituisce assolutamente la conferma del primo»¹⁰.

La prassi seguita in seno alla Comunità europea e all’Unione per quanto attiene specificamente alla firma di accordi internazionali è quella secondo cui il Consiglio adotta la decisione con la quale autorizza la firma di un accordo “con riserva di conclusione” dello stesso, delegando a tale fine la Presidenza del Consiglio. Quest’ultima era in tal modo chiamata a designare la persona che avrebbe dovuto procedere materialmente ad apporre la firma al testo dell’accordo a nome dell’Unione. Nel caso del rinnovo del protocollo inerente all’Accordo di Partenariato in materia di pesca (APP) tra Unione e Gabon, la Presidenza aveva designato il rappresentante permanente della Repubblica del Portogallo presso l’Unione come persona abilitata a firmare il protocollo stesso.

Tenendo conto della distinzione tra parafatura e firma dell’accordo¹¹, si può riassuntivamente rilevare che, attraverso le riforme del Trattato di Lisbona, se, da un lato, la parafatura (di cui, comunque, né tali riforme né la sentenza in commento si occupano) continua a risultare imputabile a un soggetto che può essere anche distinto da chi ha il mandato (“formale”) per firmare l’accordo, la materiale firma di quest’ultimo, dall’altro lato, spetta, proprio in base all’interpretazione odierna offerta dalla Corte di giustizia, alternativamente alla Commissione, per i settori di competenza di quest’ultima, o all’Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza, per gli accordi in materia PESC/PSDC (cfr. artt. 17 e 27 TUE)¹².

⁹ Per quanto riguarda il Protocollo oggetto della pronuncia, cfr. *Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity*, January, 2000, www.biodiv.org/biosafety/protocol.asp.

¹⁰ Così punto 11 del richiamato parere 2/00 sul Protocollo di Cartagena.

¹¹ In tema, *amplius*, M. GATTI, P. MANZINI, *External Representation of The European Union in the Conclusion of International agreements*, in *CMLR*, 2012, p. 1703 ss. e, per la distinzione tra *initialling* e firma, pp. 1723-1724.

¹² Riguardo alle funzioni dell’Alto rappresentante dell’Unione, cfr. l’ordinanza, del 3

Attraverso tale cambio di paradigma si può sostenere che quanto confermato dalla prassi inerente ai nuovi protocolli conclusi nel contesto della prosecuzione degli accordi di pesca con Paesi terzi (sui quali si torna *infra*) potrebbe estendersi anche ad altri settori per i quali rilevi la prassi degli accordi cosiddetti “misti”¹³.

2. *L'accordo di partenariato nel settore della pesca con il Gabon*

L'accordo oggetto della decisione impugnata dalla Commissione concerne un settore di competenza *concorrente* dell'Unione¹⁴. A tale riguardo,

marzo 2022, riguardante la causa per cui è la sentenza in oggetto (cfr. A. AMATO, *op. cit.*) con cui il Presidente della Corte, da un lato, riconduceva l'Alto rappresentante alla nozione di «organo» o di «organismo dell'Unione» autorizzato, come tale, a intervenire nella controversia conformemente all'art. 40 dello Statuto della Corte di giustizia, e, dall'altro lato, riconosceva allo stesso Alto rappresentante un interesse «diretto e attuale» alla soluzione della controversia, in quanto organo istituzionalmente investito di funzioni analoghe a quelle conferite alla Commissione, nel diverso ambito PESC/PSDC (art. 27, par. 2, TUE).

¹³ Ciò si tradurrebbe, quindi, nella possibilità che, anche in ragione di un principio di univocità di rappresentanza dell'Unione in tali fori negoziali, spetti sempre alla Commissione la funzione di firma dell'accordo su cui si siano chiuse le trattative. Sugli accordi misti, *ex multis*, A. ROSAS, *The European Union and Mixed agreements*, in A. DASHWOOD, C. HILLION (eds.), *The General Law of E.C. External Relations*, London, 2000, p. 200 ss.; C. HILLION, P. KOUTRAKOS (eds.), *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*, London, 2010; M. GATTI, P. MANZINI, *op. cit.*, pp. 1711-1723 e in giurisprudenza Corte giust. parere 26 aprile 1977, 1/76, *Accordo relativo alla istituzione di un fondo europeo di immobilizzazione della navigazione interna*, nonché, sugli accordi di associazione dell'Unione, Corte giust. 30 settembre 1987, 12/86, *Meryem Demirel* e, in tema, sia consentito citare A. RIZZO, *L'Accord d'Ankara: accord d'association ou de véritable pré-adhésion?*, in B. BONNET (sous la direction de), *Turquie et Union Européenne. État des lieux*, Bruxelles, 2012, p. 105 ss.

¹⁴ Si veda l'art. 4, par. 2, lett. d) TFUE, dove si cita anche il tema della conservazione delle risorse biologiche del mare, a propria volta citato all'art. 3, par. 1, lett. d) TFUE concernente, invece, le competenze di tipo *esclusivo* dell'Unione. Su tale settore (pesca) di politica dell'Unione cfr. Corte giust. 30 aprile 2019, C-611/17, *Italia/Consiglio*, punto 27 («... nel settore della pesca, il legislatore dell'Unione dispone di un ampio potere discrezionale, che corrisponde alle responsabilità politiche che gli articoli da 40 a 43 TFUE gli attribuiscono...»); cfr. Corte giust. 17 marzo 2011, C-221/09, *AJD Tuna*; 12 luglio 2001, C189/01, *Jippes e a.*; 23 marzo 2006, C535/03, *Unitymark e North Sea Fishermen's Organisation*. Sulla articolata questione delle modalità con cui l'Unione, alla luce delle proprie competenze, partecipa ad altre organizzazioni internazionali, autonomamente o accanto a rappresentanti dei propri Stati membri (ad es., l'Unione partecipa ai lavori della North Atlantic Fisheries Organisation NAFO, senza che alcuno dei suoi stati membri ne sia contemporaneamente parte), cfr. R.

vale la pena ricordare che all'Unione, prescindendo in buona misura dal carattere delle competenze di cui essa goda sul piano "interno", viene notoriamente riconosciuto il più ampio potere a esercitare le proprie competenze nella dimensione internazionale sulla base di un approccio "finalistico", oggi ricavabile *expressis verbis* da alcune norme fondamentali dei Trattati¹⁵.

Tenuto conto di tali generali osservazioni, la materia oggetto dell'accordo che rileva nella decisione al nostro esame ha ricevuto un'ampia revisione a seguito della dichiarazione di Johannesburg sulla pesca globale sostenibile del 2002¹⁶. Da allora, l'Unione ha avviato un percorso negoziale con Paesi terzi con cui l'Unione stessa non condivide confini marittimi e nei confronti dei quali si è passati dalla precedente politica a favore dei Paesi in via di sviluppo alla conclusione di accordi di partenariato per la pesca (APP) che stabiliscono anche condizioni specifiche sull'esercizio del diritto di pesca da parte di natanti battenti bandiera di uno dei Paesi membri dell'Unione nelle acque adiacenti o territoriali di tali Paesi terzi¹⁷.

La Corte di giustizia dell'Unione si è già pronunciata per la risoluzione di alcune questioni concernenti la partecipazione della Commissione europea a consessi internazionali "multilaterali" nell'ambito della politica della

WESSEL, J. ODERMATT, *The European Union's engagement with other international institutions. Emerging questions of EU and international law*, in R. WESSEL (ed.), *Research Handbook on the European Union and International Organizations*, Cheltenham, 2019, p. 2 ss.

¹⁵ Art. 3 TFUE e il primo paragrafo dell'art. 216 dello stesso Trattato (dove si cita l'insorgere della «necessità» per l'Unione di concludere un accordo internazionale per realizzare le finalità sancite dai Trattati), cfr. Corte giust. 31 marzo 1971, 22/70, *Commissione/Consiglio*; parere 7 febbraio 2006, 1/03, *sulla competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*. In tema, v., *ex multissimis*, A. DASHWOOD, J. HELISKOSKI, *The Classic Authorities Revisited*, in A. DASHWOOD, C. HILLION (eds.), *The General Law of EC External Relations*, Cambridge, 2001, p. 3 ss.; M. CREMONA, *Defining competence in EU External relations: lessons from the Treaty reform process*, in A. DASHWOOD, M. MARESCAU, *Law and Practice of EU External Relations. Salient features of a Changing Landscape*, Cambridge, 2009, spec. p. 53 ss. Sia consentito citare l'*excursus* della relativa giurisprudenza dell'Unione in A. RIZZO, *L'azione esterna dell'Unione europea secondo la riforma di Lisbona. Aspetti istituzionali e giuridici*, in C. RISI (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione europea dopo Lisbona*, Napoli, 2010, p. 66 ss.

¹⁶ Si veda il documento A/CONF.199/20 *Report of the World Summit on Sustainable Development, Johannesburg, South Africa, 26 August-4 September 2002*, United Nations, New York, 2002.

¹⁷ Oggetto dell'accordo di pesca è infatti la disciplina delle attività di pesca nelle acque del Gabon da parte di natanti battenti bandiere di Stati membri dell'Unione.

pesca¹⁸. In particolare, è stata esaminata la questione inerente alla partecipazione della Commissione europea ad attività del Tribunale internazionale sul diritto del mare (ITLOS), quali quella di rendere un parere consultivo in tema di conservazione delle risorse marine e alieutiche¹⁹. Nel caso di specie, la Corte ha riconosciuto la competenza della Commissione a rappresentare l'Unione non solo nella dimensione "interna" ma anche nei consessi internazionali, basando tale rappresentanza sull'art. 335 TFUE²⁰.

Tornando alle questioni specificamente concernenti la competenza dell'Unione nel processo di formazione di un accordo internazionale in materia di pesca, il protocollo di attuazione dell'accordo di partenariato nel settore della pesca (APP) tra la Repubblica gabonese e la Comunità europea²¹ per cui è la controversia in oggetto si riferisce al citato quadro formale e al precedente protocollo venuto nel frattempo a scadenza²². La decisione di

¹⁸ Vale la pena ricordare che con decisione 98/392/CE del Consiglio, del 23 marzo 1998, la Comunità europea è divenuta parte della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982 e dell'accordo del 28 luglio 1994 relativo all'attuazione della parte XI della Convenzione stessa; si veda anche decisione 98/414/CE del Consiglio, dell'8 giugno 1998, relativa alla ratifica, da parte della Comunità europea, dell'accordo ai fini dell'applicazione delle disposizioni della stessa Convenzione sul diritto del mare relativa alla conservazione e alla gestione degli stock ittici transazionali e degli stock ittici altamente migratori; l'Accordo ai fini dell'applicazione delle disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, del 10 dicembre 1982, relative alla conservazione e alla gestione degli stock ittici transazionali e degli stock ittici altamente migratori nonché la decisione 96/428/CE del Consiglio, del 25 giugno 1996, relativa all'accettazione della Comunità all'accordo inteso a favorire il rispetto delle misure internazionali di conservazione e di gestione da parte dei pescherecci in alto mare.

¹⁹ Corte giust. 6 ottobre 2015, C-73/14, *Consiglio/Commissione*.

²⁰ Tale lettura riprende quella già offerta da Corte giust. 12 settembre 2006, C-131/03, *Reynolds Tobacco e a./Commissione*, punto 94 in merito all'art. 282 TCE, corrispondente all'attuale art. 335 TFUE. In tema, cfr. P. RICARD, *The European Union and the future of international legally binding instrument on marine biodiversity beyond national jurisdiction*, in M. C. RIBEIRO, F. LOREIRO BASTOS, T. HENRIKSEN (eds.), *Global Challenges and the Law of the Sea*, Berlin, 2020, p. 379 ss. In tema, ma per conclusioni differenti, cfr. anche Corte giust. 20 novembre 2018, C626/15 e C659/16, *Commissione/Consiglio*, cfr. S. VILLANI, *Riflessioni a margine della sentenza della Corte di giustizia nel caso AMP Antarctica: un approccio più morbido a favore degli Stati membri*, in *EP*, n. 2, 2019, p. 641 ss.

²¹ Protocollo di attuazione dell'accordo di partenariato nel settore della pesca tra la Repubblica gabonese e la Comunità europea (2021-2026) ST/9171/2021/INIT.

²² Per una ricostruzione del quadro formale anteriore a quello intorno al quale rileva la controversia in oggetto, cfr. Commissione europea, *Proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione del protocollo di attuazione (2021-2026) dell'accordo di partenariato nel settore della pesca tra la Repubblica gabonese e la Comunità europea*, del 19 maggio 2021, COM (2021) 247final.

conclusione del nuovo protocollo sulla pesca con il Gabon reca quindi come base giuridica, a seguito delle riforme di Lisbona, accanto al citato art. 218 TFUE, l'attuale art. 43 n. 2 dello stesso Trattato²³.

3. *I punti salienti della pronuncia*

3.1. *La parte dispositiva della sentenza*

La sentenza in analisi recepisce il criterio generale secondo cui la firma di un accordo da parte di un soggetto a ciò autorizzato corrisponde all'esercizio della "rappresentanza" del soggetto delegante o rappresentato, cioè, a seconda dei casi, lo Stato o l'organizzazione internazionale. In altri termini, secondo la Corte di giustizia²⁴, se uno Stato o un'organizzazione internazionale decidono di conferire a un qualsiasi organo o istituzione loro riferibili la capacità/il potere di apporre la firma in calce a un atto che, per quanto attiene all'oggetto dell'accordo stesso, miri a vincolare tali enti nei confronti di un altro soggetto "contraente", tale organo o istituzione cui sia stato conferito tale potere risultano per ciò stesso autorizzati ad agire in rappresentanza dello Stato o dell'organizzazione richiamati. In tal modo, la firma di un accordo da parte di tale soggetto a ciò espressamente autorizzato corrisponde all'esercizio della "rappresentanza" del delegante o rappresentato, cioè, a seconda dei casi, lo Stato o l'organizzazione internazionale.

Volendo sintetizzare il ragionamento della Corte, si può osservare insomma come una lettura congiunta dell'art. 218 TFUE e dell'art. 17, paragrafo 1, sesta frase TUE porti a concludere che, se il primo articolo conferisce al Consiglio il potere di decidere l'avvio dei negoziati, nominare il soggetto negoziatore e decidere infine di apporre la firma all'accordo, il secondo articolo consente di ritenere che la firma rientri tra i poteri lasciati alla Commissione nel quadro della sua competenza generale di assicurare la rappresentanza esterna dell'Unione²⁵.

²³ Si veda l'art. 218, par. 6, lett. v), TFUE e la risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 14 dicembre 2021, concernente il progetto di decisione del Consiglio relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, del protocollo di attuazione dell'accordo di partenariato nel settore della pesca tra la Repubblica gabonese e la Comunità europea (2021-2026) (09172/2021 – C9-0253/2021 – 2021/0127(NLE)).

²⁴ Punto 75 della sentenza in commento.

²⁵ In definitiva, la sentenza fa perno sul concetto di "rappresentanza" dell'Unione; cfr. citato punto 75 ss. della sentenza in commento su cui si torna anche *infra*.

Si può segnalare che l'Avvocato generale Kokott, dal canto suo, proponeva una soluzione più articolata secondo la quale il potere di cui godono le organizzazioni internazionali ai fini della delega a terzi di propri poteri o funzioni (come quella di siglare un accordo internazionale) sarebbe ispirato a un criterio che conferisce rilevanza autonoma alla prassi seguita in seno a ciascuna organizzazione internazionale²⁶. Tuttavia, l'Avvocato generale aveva ritenuto tali profili parzialmente esorbitanti dal *thema decidendum* della controversia, relativa a rapporti interistituzionali interni all'Unione²⁷, come tali affrontabili senza che una decisione su di essi potesse avere implicazioni per le relazioni instaurate con lo Stato terzo contraente il protocollo afferente all'APP.

In buona sintesi, tanto la Corte di giustizia quanto l'Avvocato generale giungono alle rispettive conclusioni partendo dal presupposto condiviso secondo cui nell'ordinamento dell'Unione viene riconosciuta specifica rilevanza alle citate regole del diritto internazionale dei Trattati (riconducibili in buona misura a regole di diritto internazionale consuetudinario)²⁸, come ricordato dallo stesso Avvocato generale nel punto delle conclusioni²⁹ in cui viene citata una precedente giurisprudenza che milita chiaramente in tal senso, a partire dal caso *Brita*³⁰, ma potendo richiamarsi anche il contenzioso

²⁶ Lo stesso Avv. gen. (paragrafo 55 delle conclusioni) aveva invece opportunamente distinto, da quello indicato, il potere di rappresentanza c.d. d'ufficio di cui godono solamente gli Stati, e non le organizzazioni internazionali (per queste ultime, cfr. articolo 7, paragrafo 3, lettere a) e b), CVDI tra Stati ed organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali, Documents de l'Assemblée générale des Nations unies, A/Conf. 129/15, 20 marzo 1986).

²⁷ Cfr. paragrafo 60 delle conclusioni.

²⁸ Rileva altresì l'art. 18 di entrambe le CVDI (compresa, cioè, quella del 1969 sui trattati tra Stati, Recueil des traités des Nations unies, vol. 788, p. 354), sull'obbligo per le parti di un accordo di astenersi, dopo la firma, da comportamenti che possano inficiare oggetto e scopo dell'accordo stesso, cfr. Corte internazionale di giustizia 10 ottobre 2002, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, ICJ Reports 2002, p. 202 e Corte EDU 12 marzo 2003, ric. n. 46221/99, *Öcalan v. Turkey*, cfr. in particolare, punto 185; in dottrina, *ex multissimis*, L. FERRARI BRAVO, *Lezioni di diritto internazionale*, Napoli, 1988, in particolare p. 186 nonché A. TANZI, *A Concise Introduction to International Law*, Turin, 2024, p. 81 ss.

²⁹ Cfr. par. 51 ss. delle conclusioni dell'Avv. gen. Kokott.

³⁰ Corte giust. 25 febbraio 2010, C-386/08, *Brita*, cfr. in particolare punto 42 ove si legge come segue: «La Corte ha inoltre già avuto modo di affermare che, sebbene non vincolanti per la Comunità e per tutti gli Stati membri di questa, varie disposizioni della Convenzione di Vienna rispecchiano le norme del diritto internazionale consuetudinario che, in quanto tali, vincolano le istituzioni della Comunità e fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario».

concernente l'accordo di associazione tra Unione europea e Marocco³¹ e risalendo anche ai celebri casi *Racke*³² e *Opel Austria*³³.

3.2. Le motivazioni

La pronuncia al nostro esame assume un cambio di paradigma sulla funzione di esercizio della rappresentanza esterna dell'Unione come derivante dalle riforme introdotte dal Trattato di Lisbona.

In effetti, viene chiarito un profilo – ancora, l'atto di firma degli accordi internazionali dell'Unione – che, come tale, doveva essere reso coerente con il diverso assetto regolatorio offerto dalle riforme di Lisbona. Da questo punto di vista, si possono notare alcuni aspetti che possono essere ritenuti di un qualche rilievo nel contesto di profili problematici emergenti dal caso controverso.

Innanzitutto, al fine di far comprendere il diverso approccio ricavabile dal Trattato di Lisbona sul tema oggetto della pronuncia in esame (e tenendo conto anche della posizione assunta, in base a quello stesso Trattato,

³¹ Corte giust. 21 dicembre 2016, C-104/16 P, *Consiglio/Front Polisario*; 27 febbraio 2018, C-266/16, *Western Sahara Campaign UK*; cfr. *ex multis* E. MILANO, *Il nuovo Protocollo di pesca tra Unione europea e Marocco e i diritti del popolo sabrawi sulle risorse naturali*, in DUDI, 2014, p. 505 ss.; E. CANNIZZARO, *In Defense of Front Polisario: The ECJ as a Global Jus Cogens Maker*, in CMLR, 2018, p. 569 ss. Per un *excursus* complessivo sulla giurisprudenza richiamata, M. CREMONA, *Extending the Reach of EU Law. The EU as an International Legal Actor*, in M. CREMONA, J. SCOTT (eds.), *EU Law Beyond EU Borders. The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford, 2019, p. 64 ss. Si veda di recente Corte giust. 4 ottobre 2024, C-399/22, *Confédération paysanne* e, in merito alle conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta su tale pronuncia, A. PAU, *I consumatori come veicolo per il rispetto del diritto internazionale. Le conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta nella causa C-399/22, Confédération paysanne sull'indicazione di origine dei prodotti del Sahara occidentale*, in questa Rivista, n. 2, 2024, p. 177 ss.

³² Corte giust. 16 giugno 1998, C-162/96, sulla rilevanza delle regole derivanti dal diritto internazionale consuetudinario (riflesse nelle norme delle citate CVDT, cfr. in part. art. 62 sulla clausola *rebus sic stantibus*) anche ai fini di valutare la legittimità di atti di diritto comunitario, con commento, *ex multis*, di R. MASTROIANNI, *La rilevanza delle norme consuetudinarie sulla sospensione dei trattati nell'ordinamento comunitario: la sentenza Racke*, in RDI, 1999, p. 86.

³³ Tale sentenza (22 gennaio 1997, T-115/94) è rilevante per il rinvio (cfr. punto 76) al principio di buona fede, così come confermato dal citato art. 18 CVDT. Nell'analisi potrebbe anche venire in rilievo una riflessione più generale sulla natura duale – internazionale e costituzionale – dell'atto istitutivo di un'organizzazione di tipo "particolare" come l'Unione: (cfr. art. 5 di entrambe le CVDT cfr. F. CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 30 ss.).

dall'Alto rappresentante/vice-Presidente della Commissione), vale la pena ricordare che una giurisprudenza della Corte di giustizia risalente agli anni novanta del secolo scorso³⁴ rilevò che l'allora art. 228 TCEE (poi 300 TCE, oggi art. 218 TFUE) conferiva al Consiglio competenza in via primaria e generale a concludere accordi internazionali. In questo quadro, alla Commissione era conferito un potere "residuale" a esercitare una competenza analoga, trattandosi quindi di regola concepita in via di eccezione rispetto al potere assegnato al Consiglio³⁵.

Alla luce di quanto precede, il rapporto tra regola generale e regola "eccezionale" o derogatoria viene invertito proprio dall'art. 17 TUE, essendo

³⁴ Lo stesso Avv. gen., nelle sue conclusioni relative alla pronuncia in esame, al par. 71 cita Corte giust. 16 luglio 2015, C-425/13, *Commissione/Consiglio*, che, al punto 62, a sua volta, richiama Corte giust. 9 agosto 1994, C-327/91 *Francia/Commissione*, riguardante un accordo di tipo "amministrativo" in materia antitrust tra Comunità europea e Stati Uniti d'America; cfr. E. CANNIZARO, *Sulla competenza della Commissione C.E.E. a concludere accordi internazionali*, in RDI, 1992, p. 657 ss.; E. BARONCINI, *Corte di giustizia e treaty-making power della Commissione europea: gli accordi amministrativi*, in DCSI, 2006, p. 207 ss., e, dello stesso A., *Il Treaty-making power della Commissione europea*, Napoli, 2008, in part. p. 78 ss.; in generale v. A. MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio di coerenza*, Napoli, 2009. Più di recente, su temi del c.d. "portata extra-territoriale" o "globale" del diritto della concorrenza dell'Unione, cfr. G. MONTI, *The Global Reach of EU Competition Law*, in M. CREMONA, J. SCOTT (eds.), *op. cit.*, 2019, p. 174 ss. In generale, cfr. C. NOVI, *Corte di giustizia e competenze esterne dell'Unione europea*, Bari, 2023.

³⁵ In tema cfr. A. CALIGIURI, *Commento all'art. 300 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2004, in particolare pp. 1330 e 1331. Sia consentito citare anche A. RIZZO, *L'azione esterna dell'Unione europea secondo la riforma di Lisbona.*, cit., in part. re p. 143 ss. Sul tema di un più generale *treaty making power* del Collegio rileva la disposizione del previgente art. 300 n. 4 TCE, i cui contenuti non si ritrovano riprodotti nell'attuale art. 218 TFUE. Quest'ultima norma stabilisce, al terzo paragrafo, una formale distinzione tra Commissione/Alto rappresentante, da un lato, e negoziatore, dall'altro lato, essendo, i primi, le istituzioni (nel caso dell'Alto rappresentante, si tratta di un organo dell'Unione, cfr. richiamata ordinanza del Presidente della Corte di giustizia, del 3 marzo 2022) cui spetta sottoporre al Consiglio la "raccomandazione" ad avviare i negoziati in ragione dei rispettivi ambiti di intervento; il secondo, il soggetto designato dal Consiglio ai fini della conduzione materiale dei negoziati stessi (nel caso di accordi insistenti su materie riconducibili alla politica commerciale comune, il negoziatore coinciderà sempre con la Commissione). Sulla base della citata norma del Trattato comunitario, invece, la prassi aveva comunque consolidato un potere della Commissione a concludere accordi aventi natura "esecutiva". Su tale tema, letto anche nell'ottica dei poteri legislativi "delegati" ed "esecutivi" di cui la Commissione risulta titolare anche a seguito delle riforme di Lisbona, cfr. A. OTT, *The EU Commission's administrative agreements: "Delegated treaty-making" in between delegated and implementing rule-making*, in E. TAUSCHINSKY, W. WEISS (eds.), *The Legislative Choice Between Delegated and Implementing Acts in EU Law*, Cheltenham, 2018, p. 200 ss.

così stata affidata alla Commissione, proprio attraverso tale disposizione, quella funzione di rappresentanza esterna dell'Unione prima diversamente concepita (pur salvaguardando il carattere "autonomo" dell'art. 218 TFUE, che comunque continua a conferire al Consiglio le funzioni ivi indicate in tema di accordi internazionali dell'Unione).

Rimanendo a un confronto con il regime previgente, è stato d'altronde anche opportunamente notato, questa volta sia dall'Avvocato generale che dalla Corte, che il cambio di paradigma è dato dal fatto che le riforme di Lisbona hanno certamente sottratto in particolare alla Presidenza pro-tempore del Consiglio quella stessa funzione di rappresentanza esterna dell'Unione, conferendola alternativamente a Commissione e Alto rappresentante, a seconda dell'oggetto dell'accordo da concludere.

Quindi, se Commissione e Alto rappresentante sono incaricati di estrinsecare tale rappresentanza attraverso l'avvio dei negoziati³⁶, ad essi dovrebbe *par conséquent* essere assegnato quel compito di materiale firma degli accordi (successivamente all'autorizzazione in tal senso ricevuta dal Consiglio), in quanto atto che, pur non essendo espressamente disciplinato da alcuna norma dei Trattati³⁷, risulta riconducibile alle funzioni generali di rappresentanza esterna dell'Unione come assegnate a Commissione e Alto rappresentante dalle disposizioni del TUE *post*-Lisbona.

Come già ricordato *supra*, la Corte³⁸ sottolinea che, stante la posizione autonoma dell'art. 218 TFUE nel contesto delle norme dei Trattati sulla produzione giuridica di atti dell'Unione (nella specie, gli accordi internazionali di quest'ultima), tale disposizione attribuisce esplicitamente al Consiglio il compito di decidere se apporre la firma ad un accordo internazionale già oggetto di negoziato. Tale decisione, prima ancora della materiale firma, costituisce quindi l'espressione della volontà dell'Unione (riguardante, in tal caso il settore delle relazioni internazionali), di cui il Consiglio si fa istituzionalmente portatore (cfr. art. 16 TUE). La Corte riconosce che in tale fase spetta quindi a quella istituzione, e non alla Commissione, di ponderare

³⁶ Tenuto conto della su indicate distinzione (di cui all'art. 218 par. 3 TFUE) tra la raccomandazione ad avviare i negoziati e la materiale conduzione di questi ultimi (essendo tale seconda attività conferita dal Consiglio a un soggetto genericamente definito "negoziatore").

³⁷ Cfr. già A. DASHWOOD, *E.C. External Relations Provisions Post-Amsterdam*, in A. DASHWOOD, C. HILLION (eds.), *The General Law of EC External Relations*, cit., che, a p. 282, segnalava (si parla dell'inizio di questo secolo, dopo le riforme apportate dal Trattato di Amsterdam all'allora art. 228 TCEE) come la decisione del Consiglio di nomina delle persone da esso autorizzate a procedere alla firma dell'accordo non fosse soggetta a pubblicazione.

³⁸ Cfr. punto 66 ss. della sentenza in commento.

tutti gli interessi che entrano in gioco quando si tratta di valutare se l'Unione debba o meno impegnarsi internazionalmente con un soggetto terzo. La rilevanza di tale fase è sottolineata dalla Corte quando essa ricorda che il fatto che il Consiglio abbia deciso di avviare i negoziati e che questi ultimi abbiano infine condotto alla redazione del testo dell'accordo da firmare non ha nessuna incidenza sulla ulteriore discrezionalità spettante allo stesso Consiglio per quanto attiene specificamente alla decisione sulla successiva firma dell'accordo, una volta chiusi i negoziati³⁹.

La Corte coglie però l'evidenza del *vacuum* lasciato nella norma di cui all'art. 218 TFUE, consistente appunto nell'assenza di indicazione sull'istituzione deputata materialmente alla firma degli accordi internazionali. Tale aspetto sembra però risolto dalla stessa Corte attraverso un'interpretazione della norma del più volte richiamato art. 17 TUE, sulle competenze generali della Commissione, anche alla luce delle già richiamate regole di diritto internazionale dei Trattati. A tale riguardo la Corte provvede a inquadrare la fattispecie nel contesto delle rilevanti norme delle convenzioni sul diritto dei Trattati⁴⁰, non senza ricordare che tali disposizioni attuano una sorta di sovrapposizione tra persona che appone la firma e persona che, attraverso tale atto, è in grado di impegnare giuridicamente lo Stato o l'organizzazione internazionale rappresentati: da ciò discende l'esatto contenuto e portata da riconoscere proprio all'indicato termine di "rappresentanza" di cui alle richiamate disposizioni convenzionali (che comunque riproducono regole consuetudinarie)⁴¹. Nel diritto dell'Unione, dunque, così come risultante

³⁹ Si veda Corte giust. 28 luglio 2016, C-660/13, *Consiglio/Commissione* che aveva già rilevato che la conclusione di accordi internazionali da parte dell'Unione implica (cfr. punto 39) «la necessità di valutare, nel rispetto delle linee strategiche definite dal Consiglio europeo nonché dei principi e degli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione enunciati all'articolo 21, paragrafi 1 e 2, TUE, gli interessi dell'Unione nell'ambito delle relazioni con il paese terzo interessato e di operare ponderazioni tra gli interessi divergenti rientranti nell'ambito di tali relazioni». In relazione a ciò, secondo la stessa Corte (punto 40 della stessa pronuncia) una «decisione recante firma di un accordo (...) fa parte degli atti di definizione delle politiche dell'Unione e di elaborazione dell'attività esterna di quest'ultima, ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, seconda frase, e paragrafo 6, terzo comma, TUE».

⁴⁰ Cfr. in particolare gli artt. 2, par. 1, lett. c) e 7, par. 1, lett. a), di entrambe le CVDI, in ordine alla definizione di «pieni poteri» come conferiti dallo Stato o dall'organizzazione internazionale a un soggetto che sia designato «in un documento emanato dall'autorità competente di uno Stato o dall'organo competente di un'organizzazione internazionale per compiere l'atto di firma» e che, come tale, deve essere considerata, «in forza di tali pieni poteri, come rappresentante di tale Stato o di tale organizzazione internazionale» (cfr. punto 75 della sentenza in commento).

⁴¹ In tema di recente cfr. A. TANZI, *op. cit.*, p. 81.

dalle riforme di Lisbona, tale “rappresentanza” spetta emblematicamente, in virtù del più volte citato art. 17 TUE, alla Commissione europea⁴². A tale riguardo assume specifico rilievo il riferimento, fatto dalla stessa Corte in premessa a tale conclusione⁴³, al principio delle competenze di attribuzione sancito all’art. 13 TUE e, peraltro, già facente parte dei principi costituzionali dell’ordinamento creato dai Trattati⁴⁴.

Seguendo tale linea di ragionamento, la Corte⁴⁵ risponde anche a un’osservazione del Consiglio e di alcuni governi intervenuti nella controversia sulla presunta necessità di preservare un *continuum* tra le fasi descritte dall’art. 218 TFUE, in quanto spettanti al Consiglio stesso, e quella della materiale firma dell’accordo, che, come ripetutamente rilevato, l’art. 218 TFUE non contempla. Tale idea terrebbe conto dell’esigenza, presuntivamente derivante dagli stessi Trattati dell’Unione, che sia ritenuta come “implicita” nella procedura indicata anche la firma materiale dell’accordo oggetto di negoziato in quanto afferente, come le altre fasi, al Consiglio. D’altro canto, tale lettura piuttosto pedissequa della norma in questione, così come suggerita dal Consiglio e da altre parti costituite nella controversia per cui è la sentenza in commento, si scontra con la necessità, ribadita dalla Corte, che sia preservato il ruolo che gli stessi Trattati istitutivi conferiscono a ciascuna istituzione dell’Unione: e ciò anche alla luce del fatto che proprio il principio di competenze di attribuzione sotteso a tale conferimento (sancito all’art. 13 TUE, già richiamato) non consentirebbe comunque, neppure al giudice dell’Unione, di interpretare in modo autonomo, né in senso estensivo né in senso restrittivo, le competenze in questione.

4. *Considerazioni conclusive e questioni aperte*

Per quanto attiene ad alcuni aspetti concernenti i concreti effetti della pronuncia in esame sui rapporti con il Paese terzo interessato, si rileva che lo

⁴² Cfr. punto 74 della sentenza e in dottrina M. GATTI, P. MANZINI, *op. cit.*, p. 1724.

⁴³ Cfr. punti 61 e 62 della sentenza in commento.

⁴⁴ Si tratta, peraltro, di un’interpretazione inossidabile da parte della Corte in merito a tale criterio, cui si connette quello del rispetto dell’equilibrio istituzionale tra poteri dell’Unione («*Il rispetto dell’equilibrio istituzionale comporta che ogni istituzione eserciti le proprie competenze nel rispetto di quelle delle altre istituzioni. Esso impone altresì che possa essere sanzionata qualsiasi eventuale violazione di detta regola*», cfr. punto 22 di Corte giust. 22 maggio 1990, 70/88, *Parlamento/Consiglio* e ancora prima Corte giust. 13 giugno 1958, 9/56, *Meroni/Alta Autorità*).

⁴⁵ Cfr. punto 80 della sentenza in commento.

scorso anno il Consiglio ha adottato la decisione di autorizzazione alla firma e provvisoria applicazione del protocollo annesso all'accordo di partenariato nel settore della pesca tra Guinea Bissau e l'Unione⁴⁶: dando seguito alla sentenza in esame, l'art. 2 di tale decisione stabilisce che è la Commissione – non più quindi un rappresentante designato dal Presidente del Consiglio – ad assicurare la firma di tale protocollo. Altre recenti decisioni del Consiglio aventi stesso tenore riguardano Capo Verde, Kiribati, Mauritius, Madagascar, le Mayotte, le Seychelles. Viceversa, nella pronuncia in esame la Corte di giustizia limita, ai sensi dell'art. 264, secondo comma, TFUE⁴⁷, gli effetti dell'annullamento della decisione impugnata dalla Commissione per quanto attiene al protocollo all'APP CE/Gabon: ciò soprattutto in considerazione della decisione di conclusione del nuovo accordo di partenariato con il Gabon tramite la quale quindi l'Unione si era formalmente impegnata nei confronti del Paese terzo, approvando il nuovo accordo⁴⁸. Alla luce di ciò, la Corte ha basato su ragioni di certezza del diritto (cui possono anche essere ricondotte ragioni di stabilità dei rapporti con uno Stato terzo) la sua decisione di non riconoscere effetti *retroattivi* all'accoglimento della domanda di annullamento dell'art. 2 della decisione n. 2021/1117 di firma del nuovo protocollo di attuazione dell'accordo di partenariato sulla pesca tra Gabon e Unione. Nel dispositivo della pronuncia si legge, quindi, che gli effetti dell'art. 2 di tale decisione sono da ritenersi definitivi⁴⁹.

Quale possibile domanda di ricerca emergente dalla sentenza in com-

⁴⁶ Decisione 2024/2588 del Consiglio, del 10 settembre 2024, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione a titolo provvisorio del protocollo di attuazione dell'accordo di partenariato nel settore della pesca tra la Comunità europea e la Repubblica di Guinea-Bissau (2024-2029).

⁴⁷ Cfr. punto 86 ss. della sentenza in commento. Tale disposizione consente al giudice dell'Unione di limitare l'effetto di annullamento della sua sentenza (in tema cfr. Corte giust. 1° aprile 2008, C14/06 e C295/06, *Parlamento e Danimarca/Commissione*, punto 85; 22 dicembre 2008, C333/07, *Régie Networks*).

⁴⁸ Decisione (UE) 2022/2066 del Consiglio, del 21 febbraio 2022, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, del protocollo di attuazione dell'accordo di partenariato nel settore della pesca tra la Repubblica gabonese e la Comunità europea (2021-2026), ST/9172/2021/INIT.

⁴⁹ Emerge in tal caso il carattere “dispositivo” di una sentenza della Corte dell'Unione che, accogliendo il ricorso in annullamento, mantiene gli effetti dell'atto annullato per ragioni di certezza del diritto (in tema, G. D'AGNONE, *Su alcuni casi di inadempimento alle sentenze di annullamento degli atti dell'Unione europea*, in *DUE*, 2023, p. 55 ss.). Viceversa, come già segnalato, per gli altri Paesi terzi sopra citati è stato già seguito il nuovo indirizzo della Corte che riconduce all'art. 17 TUE il potere della Commissione di apporre la firma ad accordi internazionali dell'Unione.

mento, si potrebbe discutere se la funzione infine conferita dalla Corte alla Commissione in materia di firma degli accordi fosse effettivamente ricavabile in modo implicito (come appunto sostenuto nella pronuncia odierna) sin dalla riforma dell'art. 17 TUE operata col Trattato di Lisbona. A tale riguardo, proprio il "cambio di paradigma" relativo alla conclusione di accordi dell'Unione, come ricavabile dalle riforme di Lisbona, non potrebbe ritenersi affatto contraddetto dalla prassi riscontrata nel caso dell'accordo con il Gabon e contestata dalla Commissione con il suo ricorso. Infatti, secondo la Corte, una prassi come questa non sarebbe comunque in grado di incidere sui contenuti delle riforme introdotte dal Trattato di Lisbona e in particolare sul contenuto degli articoli 17 e 27 TUE⁵⁰. In buona sintesi, la Corte sembra "certificare" ciò che sarebbe stato già in *mens legis* del riformatore di Lisbona, confermando, nel nostro caso, la possibilità di ritenere che l'art. 17 TUE, così come risultante da tali riforme, contiene un riferimento "implicito" anche alla firma di un accordo internazionale come atto attribuito alla Commissione⁵¹.

Considerata l'assenza di indicazioni da parte della Corte sul punto inerente alla diversa qualificazione di "parafatura", da un lato, e di "firma", dall'altro, si dovrebbe comunque concludere che, anche alla luce delle interpretazioni dottrinarie già citate⁵², nel termine "firma" oggetto di analisi nel caso di specie non possa farsi rientrare anche quello di "parafatura". A noi pare, comunque, plausibile che il rappresentante dell'Unione (cioè, a seconda dell'oggetto dell'accordo, Commissione o Alto rappresentante) che abbia seguito i negoziati possa comunque apporre una "sigla" all'accordo, lasciando inalterato il potere di firma sin qui richiamato, che potrebbe essere formalizzato anche in un momento successivo.

Allo stesso tempo, la Corte⁵³ ha cura di circoscrivere i contenuti della "nuova" prerogativa comunque riconosciuta alla Commissione alla luce dell'appena indicata lettura "integratrice" dell'art. 17 TUE. Il potere di cui

⁵⁰ A sostegno della propria tesi, la Corte conferma (punto 82 della pronuncia) la rilevanza anche in tal caso del proprio consolidato indirizzo secondo cui «una mera prassi del Consiglio non vale a derogare a norme del Trattato e non può quindi costituire un precedente che vincoli le istituzioni della Comunità» (cfr. Corte giust. parere 15 novembre 1994, 1/94; Corte giust. 9 novembre 1995, C-426/93, *Germania/Consiglio* punto 21; 6 maggio 2008, C-133/06, *Parlamento/Consiglio*, punto 60; 25 ottobre 2017, C-687/15, *Commissione/Consiglio*, punto 42).

⁵¹ Per quanto riguarda l'Alto rappresentante, si veda la già citata ordinanza del Presidente della Corte di giustizia, del 3 marzo 2022.

⁵² Cfr. M. GATTI, P. MANZINI, *op. cit.*, p. 1723.

⁵³ Cfr. punto 83 della sentenza.

si discute, ossia quello concernente la firma dell'accordo, non implica infatti alcuna valutazione "politica" o "di contenuto" sull'accordo stesso, non potendolo fare a norma del diritto internazionale e della nozione di firma generalmente accolta in base a tale diritto. La Corte precisa altresì che, nell'acquisire formalmente il potere di firmare l'accordo, la Commissione assume comunque un triplice ordine di doveri: essa dovrà, innanzitutto, rispondere al criterio di leale collaborazione tra le istituzioni; inoltre, il Collegio dovrà comunque garantire il perseguimento dell'interesse generale; infine, la Commissione dovrà altresì rispettare un dovere di tempestività nell'atto di apposizione della firma dell'accordo. In effetti, nella stessa pronuncia si segnala che, se il decorrere dei termini tra la decisione del Consiglio e la materiale firma dell'accordo dovesse implicare la necessità di tenere conto di nuove circostanze inerenti ai rapporti tra l'Unione e lo Stato terzo contraente, la stessa Commissione dovrà comunicare tale mutamento al Consiglio che, attraverso tale stessa comunicazione, riacquisterà le proprie prerogative ricavabili dal quadro regolatorio derivante dalla combinata lettura degli articoli 16 TUE e 218 TFUE. Seguendo tali indicazioni, sembra quindi plausibile ritenere che, se tra la parafirma dell'accordo e la firma dello stesso, in quanto atti imputabili a soggetti e tempi diversi anche in seno all'Unione, dovessero decorrere tempi troppo lunghi, ciò potrebbe incidere proprio sul potere di firma formalmente attribuito alla Commissione (o, *ratione materiae*, all'Alto rappresentante), con conseguente "recupero" di tale stesso potere da parte del Consiglio, secondo quanto indicato dalla Corte e come appena segnalato.

Anche alla luce di tale ultima considerazione, si può quindi fare una valutazione conclusiva tesa a rimarcare come la pronuncia in analisi, per quanto ricca di nuovi elementi chiarificatori attinenti alla firma degli accordi dell'Unione, abbia comunque lasciato impregiudicato un aspetto (quello accennato inerente al rapporto tra parafirma e firma) che potrebbe rendere necessari ulteriori interventi interpretativi volti a rafforzare le prerogative comunque riconosciute a favore di Commissione in *subiecta materia* (accordi internazionali dell'Unione).

Abstract (ita)

Con una pronuncia dell'aprile 2024, la Corte di giustizia dell'Unione riconosce e risolve un *vacuum* nella norma sugli accordi internazionali dell'Unione (art. 218 TFUE) riconoscendo alla Commissione il potere di apporre materialmente la firma a simili accordi, una volta che quest'ultima sia stata autorizzata dal Consiglio. La sentenza non risolve tuttavia alcuni profili problematici emergenti dalla controversia: tra questi, quello inerente alla possibilità che l'apposizione della firma di accordi dell'Unione sia esercitata anche da rappresentanti dell'Unione che operano nelle delegazioni di quest'ultima presso Stati terzi e quello concernente la distinzione tra parafirma e firma degli accordi internazionali.

Abstract (eng)

With an April 2024 ruling, the Court of Justice of the EU recognizes and settles a *gap* in the EU's rules on international agreements (Article 218 TFEU) by granting the Commission the power to sign such agreements, once it has been allowed to do so by the Council. However, the judgment does not resolve some issues emerging from the dispute: among these, the one concerning the possibility that the signature of EU agreements is also exercised by representatives of the Union operating in the latter's delegations to third countries and the one concerning the distinction between "initialing" and signature of international agreements.

LA PROIEZIONE ESTERNA DEI VALORI DELL'UNIONE EUROPEA NELLE RELAZIONI CON UN *EX* PAESE MEMBRO

Federico Casolari*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I valori dell'Unione europea ed il recesso dall'Organizzazione. – 3. I valori dell'Unione europea nelle relazioni future con l'*ex* Paese membro. – 4. Conclusioni: i 21 grammi dell'integrazione europea.

1. *Introduzione*

Il presente contributo guarda all'incidenza dei valori dell'Unione europea sulle relazioni tra essa, i suoi Stati membri e i Paesi che abbiano attivato la procedura di recesso *ex art.* 50 TUE, fuoriuscendo dal processo di integrazione. Il tema potrebbe apparire, a prima vista, di scarso rilievo, per certi versi scontato. Si potrebbe in effetti essere tentati di risolvere velocemente la questione citando il contenuto dell'*art.* 8 TUE, che, nel delineare una cornice generale per le politiche dell'Unione rivolte agli Stati terzi vicini, dispone espressamente che le relazioni privilegiate che debbono essere perseguite con questi ultimi risultano finalizzate alla creazione di «uno spazio di prosperità e buon vicinato fondato sui valori dell'Unione e caratterizzato da relazioni strette e pacifiche basate sulla cooperazione»¹. Dunque, si potrebbe concludere, i valori dell'Unione debbono continuare a costituire il fondamento delle relazioni tra la prima, i suoi Stati membri e i Paesi che abbiano esercitato il diritto di recesso. E del resto, posto che, come si è avuto modo di evidenziare in altra sede², tali valori sono il frutto di una “europeizzazione” dei valori comuni agli Stati membri, è assai probabile che gli Stati che

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea e Direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna. Un sincero ringraziamento a Maria Eugenia Bartoloni, Sara Poli e a tutti i partecipanti al seminario, organizzato a Pisa dal Forum “Proiezione internazionale dell'Unione europea” in data 24 ottobre 2024, per la stimolante discussione, che ha contribuito alla stesura definitiva di questo lavoro.

¹ V. F. CASOLARI, *Article 8 TEU on the EU's Relationship with Neighbouring Countries*, in P. HERZOG, C. CAMPBELL, G. ZAGEL (eds.), *Smit & Herzog on the Law of the European Union. A Commentary*, New York, June 2023, nonché *infra*, par. 3.

² ID, *Il processo di europeizzazione delle identità nazionali degli Stati membri: riflessioni sulle traiettorie del costituzionalismo europeo*, in questa *Rivista*, n. 1, 2024, p. 267 ss. Il presente contributo rielabora ed approfondisce alcuni ragionamenti già espressi in quella sede.

intendano lasciare il processo di integrazione abbiano contribuito – mediante la messa in comune di propri elementi identitari – alla loro affermazione come «identità [...] dell’Unione quale ordinamento giuridico comune»³.

Ma la fretta, si sa, è cattiva consigliera. Ed invero, ad un più attento sguardo, i motivi per occuparsi della questione sopra richiamata non mancano. Da un punto di vista logico, infatti, la condivisione dei medesimi valori non implica necessariamente l’attribuzione agli stessi del medesimo rilievo sul piano giuridico. Essi (anche se sarebbe meglio dire gli obblighi che ne discendono) possono, cioè, determinare un impatto differente a seconda che ci si riferisca a un Paese membro o a un Paese che non lo è più. In questo senso, poiché il rispetto dei valori UE costituisce il fondamento dell’adesione ad essa *ex art.* 49 TUE, e, dunque, della *membership*⁴ – al punto, per fare solo due esempi, da poter condizionare la scelta del modello costituzionale dei Paesi membri⁵ e la competenza da questi ultimi esercitata in materia di definizione delle condizioni di acquisto e perdita della cittadinanza⁶ –, la valutazione dell’incidenza dei valori sui rapporti con Stati *ex* UE consente anche di misurare il “peso” della perdita dello *status* di membro dell’Organizzazione. O, se si vuole, il “peso” della partecipazione all’integrazione giuridica europea.

Chiarita l’utilità di un’indagine sul tema, si ritiene opportuno che questa venga articolata attraverso l’*iter* che contraddistingue il recesso. Si guarderà, dunque, anzitutto al rilievo dei valori nella fase che intercorre tra l’attivazione dell’art. 50 TUE ed il recesso vero e proprio (par. 2). In secondo luogo, si analizzeranno i rapporti successivi al recesso, che l’art. 50, par. 2, TUE qualifica in termini di «future relazioni con l’Unione» (par. 3). Il lavoro sarà poi completato con alcune considerazioni conclusive (par. 4). Per ovvie ragioni, gli elementi di prassi che saranno presi in considerazione riguardano principalmente il recesso del Regno Unito. Tuttavia, si farà anche riferimento all’ipotesi di una *hard exit*, che non si è fortunatamente realizzata in quest’ultimo caso.

³ Corte giust. 16 febbraio 2022, C-156/21, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, punto 127.

⁴ Corte giust. 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblika*, punti 61-63.

⁵ Corte giust. 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione/Polonia* (Indépendance et vie privée des juges), punto 74.

⁶ Corte giust. 29 aprile 2025, C-181/23, *Commissione/Malta* (Citoyenneté par investissement), punto 95.

2. I valori dell'Unione europea ed il recesso dall'Organizzazione

Come noto, l'art. 50 TUE prevede un netto *favor* per la realizzazione di un recesso ordinato dall'Unione⁷, funzionale ad evitare fratture nel quadro costituzionale sovranazionale. Ciò permette di evidenziare un primo punto rilevante ai fini della presente indagine: la procedura di recesso deve realizzarsi nel rispetto della matrice identitaria dell'Unione⁸. Del resto, è stata la stessa plenaria della Corte di giustizia, in *Wightman*, ad aver evidenziato il nesso strutturale tra recesso ed art. 2 TUE. Non solo i giudici di Lussemburgo hanno ricordato che l'art. 50 TUE deve essere interpretato alla luce dei valori di libertà e democrazia, «che rientrano tra i valori comuni menzionati all'articolo 2 di detto Trattato»⁹. Essi hanno anche tenuto a chiarire che l'art. 50 TUE «corrisponde» all'art. 49 TUE¹⁰, rafforzando in tal modo il collegamento strutturale, sul piano normativo, tra le due disposizioni (evidentemente anche in relazione al rilievo che per esse assume la base valoriale dell'Unione).

Ma come si manifesta, in concreto, il rilievo dei valori fondamentali in questa fase della procedura di recesso?

Il rispetto dei valori dell'Unione deve essere garantito anzitutto nell'esercizio del diritto sovrano a recedere, che deve avvenire «conformemente alle [...] norme costituzionali» dello Stato in questione (art. 50, par. 1, TUE). Ciò implica, in sostanza, la necessità di preservare i valori di democrazia e dello Stato di diritto¹¹. Lo dimostra molto chiaramente la *querelle*

⁷ F. CASOLARI, *Il recesso dall'Unione europea: per una lettura dell'art. 50 TUE tra diritto sovranazionale e diritto internazionale*, in RDI, vol. CII, n. 4, p. 1006 ss., p. 1017.

⁸ M. EVOLA, *Comparing the Practice of Accession to and Withdrawal from the European Union: Commonalities in Principles and Procedures?*, in EP, vol. 7, n. 1, 2022, p. 439 ss.

⁹ Corte giust. 10 dicembre 2018, C-621/18, *Wightman e a.*, punto 62.

¹⁰ *Ivi*, punto 63. Nonostante le rilevanti differenze sul piano procedurale, il recesso potendo realizzarsi a livello unilaterale (cosa che non è invece possibile, evidentemente, per l'adesione all'Unione): M. VELLANO, *Brexit e oltre*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, p. 3 ss., p. 6.

¹¹ *Wightman e a.*, sopra citata, punti 66 e 67. V. anche P. EECKHOUTT, E. FRANTZIOU, *Brexit and Article 50 TEU: A Constitutional Reading*, in CMLR, vol. 54, n. 3, 2017, p. 695 ss., spec. p. 708; P. R. POLAK, *EU Withdrawal as a Supranational Affair. The Case of Brexit*, Leiden-Boston, 2023, p. 78. In questo senso, appare eccessivamente restrittiva la ricostruzione compiuta da Kellerbauer secondo cui «[s]uggestions that the domestic decision to withdraw would be implicitly subject to EU requirements, in particular as to its compatibility with the values enshrined in Article 2 TEU, are not rooted in the wording or objective of Article 50 (1) TEU and would, in any event, be impossible to implement in practice». V. M. KELLERBAUER, *Arti-*

costituzionale apertasi nel Regno Unito all'indomani del referendum sulla *Brexit* rispetto alla possibilità che il governo di Sua Maestà potesse notificare il recesso senza autorizzazione parlamentare, *querelle* definita in ultimo dalla Corte suprema nel caso *Miller*¹². Nel riconoscere la necessità di un coinvolgimento del Parlamento rispetto alla decisione relativa all'attivazione dell'art. 50 TUE, la Corte suprema ha invero evidenziato come una siffatta decisione «will constitute as significant a constitutional change as that which occurred when EU law was first incorporated in domestic law by the 1972 Act [the European Communities Act 1972]»¹³. Come in *Wightman*, dunque, il quadro giuridico che sovrintende al recesso dall'Unione viene paragonato dai supremi giudici a quello che ha consentito al Regno Unito di aderire ad essa. Non solo. Richiamando le parole pronunciate da Lord Hoffmann in *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms*¹⁴, la Corte suprema evidenzia l'importanza del rispetto dei principi di democrazia e dello Stato di diritto nel processo in corso: «“the principle of legality means that Parliament must squarely confront what it is doing and accept the political cost”, and so “[f]undamental rights cannot be overridden by general [...] words” in a statute, “because there is too great a risk that the full implication of their unqualified meaning may have passed unnoticed in the democratic process”»¹⁵.

L'incidenza della matrice identitaria sovranazionale permane anche nell'ulteriore fase del procedimento ordinato di recesso, caratterizzata dalla conclusione dell'accordo di recesso. Se si guarda, infatti, al testo dell'Accordo di recesso concluso tra l'Unione europea ed il Regno Unito (2019) – a partire dal contenuto delle disposizioni comuni (artt. 1-8), che richiamano alcuni dei principi costituzionali dell'UE, per giungere poi alla parte quarta sulla transizione (artt. 126-132), che ha sottomesso il Paese al rispetto del diritto UE per un periodo di transizione terminato il 31 dicembre 2020¹⁶, ed

cle 50 Treaty on European Union, in M. KELLERBAUER ET AL. (eds.), *The UK-EU Withdrawal Agreement: A Commentary*, Oxford, 2021, p. 1 ss., p. 4.

¹² *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, [2017] UKSC 5.

¹³ *Ivi*, punto 81.

¹⁴ [2000] 2 AC 115, 131.

¹⁵ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, sopra citata, punto 87.

¹⁶ L'art. 7, par. 1, dell'Accordo di recesso non esclude, tuttavia, che il diritto UE possa continuare a rilevare per il Regno Unito anche dopo il termine del periodo transitorio: v. P. VAN NUFFEL, *The Withdrawal Agreement, Part One. Common Provisions*, in M. KELLERBAUER ET AL. (eds.), *op. cit.*, p. 28 ss., spec. p. 47. Ed in effetti diversi richiami al diritto UE si rin-

alle norme sulla risoluzione delle controversie (art. 174), ove si impone l'intervento pregiudiziale della Corte di giustizia per le questioni concernenti il diritto UE – risulta evidente il persistere di un collegamento strutturale con l'ordinamento dell'Unione e, dunque, conseguentemente, con il suo fondamento valoriale¹⁷.

Se ne ha un riscontro, seppur indiretto, in un recente procedimento di infrazione avviato dalla Commissione contro il Regno Unito, avente ad oggetto una decisione della Corte suprema, pronunciata nel corso del periodo di transizione, con la quale quest'ultima aveva disposto l'esecuzione di un lodo arbitrale considerato dall'istituzione UE incompatibile con il diritto sovranazionale¹⁸. Nella relativa sentenza¹⁹, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che la condotta attribuibile allo Stato avesse dato luogo ad una grave lesione dell'ordinamento giuridico UE. Ciò a motivo del fatto che l'inapplicabilità del diritto dell'Unione, derivante dalla prevalenza accordata al lodo arbitrale, era di per sé idonea «a mettere in discussione la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia del diritto dell'Unione nonché, in ultima analisi, il carattere proprio dell'ordinamento istituito dai Trattati»²⁰. Benché la dimensione valoriale dell'Unione non sia stata espressamente menzionata dai giudici di Lussemburgo nella pronuncia qui richiamata, è difficile ritenere che essa non abbia rivestito implicitamente un ruolo nella decisione assun-

vengono nel Protocollo tra Irlanda e Nord Irlanda, così come modificato dal c.d. *Windsor Framework*. V. T. LIEFLÄNDER, D. DENMAN, *The Withdrawal Agreement, Protocol on Ireland/Northern Ireland*, in M. KELLERBAUER ET AL. (eds.), *op. cit.*, p. 407 ss.

¹⁷ M. EVOLA, *op. cit.*, p. 447: «[t]he WA fosters some of the principles of the EU legal system thus contributing to the enhancement of the funding values of the EU». V. anche M. GATTI, *Legal Status of the United Kingdom as a Third State: Strange Déjà Vu*, in W. TH. DOUMA ET AL. (eds.), *The Evolving Nature of EU External Relations Law*, The Hague, 2021, p. 249 ss.

¹⁸ Occorre rammentare che, in base all'art. 87, par. 2, dell'Accordo di recesso, la Corte di giustizia è competente a conoscere dei ricorsi per infrazione presentati dalla Commissione entro quattro anni dalla fine del periodo di transizione, purché essi abbiano ad oggetto presunte violazioni del diritto UE verificatesi prima della fine di detto periodo. La sentenza della Corte suprema è stata pronunciata il 19 febbraio 2020.

¹⁹ Corte giust. 14 marzo 2024, C-516/22, *Commissione/Regno Unito* (Arrêt de la Cour suprême). Sulla pronuncia, v. N. BERGAMASCHI, «Hanno tutti ragione»: l'art. 351, par. 1, TFUE, e l'incomunicabilità tra giudici in *Commissione c. Regno Unito*, in questa *Rivista*, vol. 4, n. 2, 2024, p. 59 ss.; L. RICCARDI, *L'autonomia del diritto dell'Unione e l'esecuzione dei lodi arbitrali ICSID: spunti di riflessione alla luce della sentenza Commissione c. Regno Unito e Irlanda del Nord*, in *EJ*, vol. 10, n. 2, 2024, p. 375 ss.; A. TURMO, *Tough but fair: The first infringement ruling against an ex-Member State (Case C-516/22, European Commission v. United Kingdom)*, in *MJECL*, vol. 31, n. 5, 2024, p. 633 ss.

²⁰ *Commissione/Regno Unito*, sopra citata, punto 86.

ta, tenuto conto del fatto che il principio di autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, così come ricostruito proprio dai giudici di Lussemburgo, vede nel rispetto dei valori dell'Unione la propria «premessa fondamentale»²¹.

Il risultato a cui porta la pronuncia della Corte è, per certi versi, sorprendente: un *ex* Stato membro si trova ad essere chiamato, nella sostanza, a garantire il rispetto della dimensione costituzionale dell'ordinamento giuridico dal quale esso si è appena distaccato...

Diverso discorso dovrebbe farsi, evidentemente, nel caso di una *hard exit*, posto che in questo caso si determinerebbe una netta cesura dei vincoli, anche identitari, tra lo Stato interessato e l'ordinamento sovranazionale, venendo così a ridursi assai significativamente il peso che i valori dell'Unione possono esercitare nel limitare la condotta dello Stato recedente.

3. *I valori dell'Unione europea nelle relazioni future con l'ex Paese membro*

La fase relativa alle c.d. “relazioni future” dovrebbe segnare, almeno formalmente, il completo distacco dello Stato dall'ordinamento dell'Unione europea e, dunque, dalla particolare incidenza che i valori su cui essa si fonda possono avere per i suoi Stati membri. Ed in effetti, già ad un primo sguardo, il contenuto dell'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea ed il Regno Unito (2020) sembra confermare tale impressione²². Concluso sotto forma di accordo di associazione²³, il tenore

²¹ Corte giust. parere 18 settembre 2014, 2/13, *Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, punto 168. Sul punto, v. L. LIONELLO, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Significato, portata e resistenza alla sua applicazione*, Torino, 2024, p. 72 ss., che giustamente sottolinea la stretta correlazione tra autonomia del diritto UE e sua dimensione costituzionale. Ma v. anche C. CONTARTESE, *The principle of autonomy in EU external relations law*, Milano, 2024, p. 211, la quale pare invece ridimensionare il collegamento strutturale tra autonomia e valori dell'Unione a motivo del fatto che «[t]he principles enshrined under Art. 2 TEU are generally not deemed to be absolute, which implies that they may be balanced with other values or interests».

²² F. MUNARI, *Gli organi istituzionali e il sistema delle fonti*, in G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *L'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e il Regno Unito*, Torino, 2022, p. 27 ss., p. 32.

²³ La decisione (UE) 2021/689 del Consiglio, del 29 aprile 2021, relativa alla conclusione dell'Accordo è, infatti, basata sull'art. 217 TFUE, in combinato disposto con l'art. 218 TFUE. V. M. GATTI, *La base giuridica dell'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione*

letterale che contraddistingue l'Accordo evidenzia la separazione dal diritto UE, che semplicemente diviene – nella prospettiva internazionalistica sposata dall'Accordo – «il diritto interno» di una delle Parti (art. 4, par. 2).

Di ciò si ha riprova nel primo lodo reso, in data 28 aprile 2025, su di una controversia sorta nell'applicazione dell'Accordo²⁴. La questione riguardava, in particolare, la compatibilità della decisione assunta dal Regno Unito di proibire la pesca del cicerello nelle acque inglesi del Mare del Nord e nelle acque scozzesi con i vincoli pattizi assunti nei confronti dell'Unione²⁵. Nello stabilire l'approccio interpretativo da adottare rispetto al contenuto dell'Accordo, il tribunale arbitrale ha ritenuto, invero, di attenersi strettamente al rinvio al diritto internazionale operato dall'art. 4, par. 1, dell'Accordo, basando la sua interpretazione sull'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969²⁶. Significativamente, entrambe le Parti, nelle rispettive memorie, hanno sostenuto la medesima posizione²⁷.

Alcuni ulteriori elementi testuali contenuti nell'Accordo sugli scambi e la cooperazione, anche alla luce della recente prassi, confermano ulteriormente la prospettiva sopra menzionata, contribuendo a chiarire la diversa accezione in essa data ai valori condivisi tra le Parti. Anzitutto, merita di essere richiamato il preambolo dell'Accordo, che, nell'individuare gli elementi

tra l'Unione europea e Regno Unito (TCA), in *EJ*, vol. 7, n. 4, 2021, p. 96 ss.; P. VAN ELSUWEGE, *A New Legal Framework for EU-UK Relations: Some Reflections from the Perspective of EU External Relations Law*, in *EP*, vol. 6, n. 1, 2021, p. 785 ss., spec. pp. 790-793. La portata «sufficientemente estesa» dell'Accordo in relazione alla base giuridica scelta sul piano UE per la sua conclusione è ben evidenziata dai giudici di Lussemburgo in Corte giust. 16 novembre 2021, C-479/21 PPU, *SN e SD*.

²⁴ *UK-Sandeel (The European Union v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, Ruling, PCA case No. 2024-45. Il testo della decisione, così come degli ulteriori atti della procedura richiamati in testo, sono disponibili al sito Internet pcacases.com/web/sendAttach/70467.

²⁵ Su tali obblighi v., in generale, F. MUNARI, *Gli organi istituzionali e il sistema delle fonti*, in G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *op. cit.*, p. 163 ss.

²⁶ *UK-Sandeel (The European Union v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, Ruling, sopra citata, punto 436.

²⁷ L'Unione europea ha chiarito che il riferimento alle regole consuetudinarie codificate nella Convenzione di Vienna, presente nell'art. 4, par. 1, dell'Accordo, andasse essenzialmente inteso come relativo agli artt. 31-33 della Convenzione medesima: *UK-Sandeel (The European Union v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, Written Submission of the European Union, PCA case No. 2024-45, 9 December 2024, punto 94. Analoghe considerazioni si rinvencono nella posizione assunta dal Regno Unito: *UK-Sandeel (The European Union v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, Written Submission of the United Kingdom, PCA case No. 2024-45, 9 January 2025, punto 193.

essenziali della cooperazione da esso istituita, ribadisce l'impegno delle Parti «a favore dei principi democratici, dello Stato di diritto, dei diritti umani, della lotta contro la proliferazione delle armi di distruzione di massa e della lotta ai cambiamenti climatici». Come si vede, il riferimento a taluni dei valori menzionati nell'art. 2 TUE viene ricondotto nel contesto, più "rassicurante" per così dire, degli impegni assunti dalle Parti sulla scena internazionale, anche nell'ottica della tutela della pace e della sicurezza internazionale. Ciò trova peraltro conferma anche nell'art. 763, par. 1, dell'Accordo, che, nel richiamare tali valori e principi condivisi, evidenzia il rispetto delle Parti della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dei trattati internazionali in materia di diritti umani che le vincolano. Anche il meccanismo di *enforcement* degli elementi considerati essenziali per la cooperazione si ispira alle soluzioni offerte dal diritto internazionale, ed in particolare dalla *Material Breach Clause* contenuta nell'art. 60 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati²⁸. È infatti previsto che la Parte che ritenga l'altro contraente responsabile di un inadempimento «grave e sostanziale» degli obblighi connessi agli elementi essenziali sopra richiamati possa decidere di sospendere o denunciare l'Accordo (art. 772, par. 1). Tali misure, viene precisato (*ad abundantiam*), debbono essere adottate «nel pieno rispetto del diritto internazionale» (art. 772, par. 3). Più precisamente, si chiarisce che una situazione dia vita ad una violazione grave e sostanziale dei predetti obblighi nel caso in cui la sua natura e gravità siano «di eccezionalità tale da minacciare la pace e la sicurezza o da avere ripercussioni internazionali» (art. 772, par. 4), richiamando in tal modo alcune delle fattispecie che si rinvenivano nelle c.d. *Essential Security Clauses* contenute in accordi conclusi dall'Unione con Paesi terzi²⁹.

Significativo è poi l'art. 1 dell'Accordo, che ne chiarisce le finalità. La disposizione prevede che l'Accordo stabilisca «le basi di ampie relazioni

²⁸ La possibilità di invocare la norma consuetudinaria codificata nell'art. 60 della Convenzione di Vienna per porre fine a – o sospendere un – regime convenzionale a fronte di violazioni di una delle Parti aventi ad oggetto elementi essenziali dell'accordo è stata riconosciuta anche dai giudici di Lussemburgo: Corte giust. parere 16 maggio 2017, 2/15, *Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore*, punto 161.

²⁹ V. ad esempio l'art. 99, par. 1, dell'Accordo di partenariato tra l'Unione e la Federazione Russa (1994), che riconosce ad ognuna delle Parti contraenti la possibilità di assumere le misure «che ritiene necessarie per tutelare i suoi interessi fondamentali in materia di sicurezza». In particolare, la lett. d) della disposizione prevede che ciò sia possibile «in caso di gravi disordini interni tali da compromettere il mantenimento della legge e dell'ordine, in tempo di guerra o in occasione di gravi tensioni internazionali che possano sfociare in una guerra o per rispettare obblighi assunti al fine di mantenere la pace e la sicurezza internazionale».

tra le Parti, in uno spazio di prosperità e buon vicinato caratterizzato da relazioni strette e pacifiche basate sulla cooperazione, nel rispetto dell'autonomia e della sovranità delle Parti». La norma presenta evidentemente punti di contatto con il testo del par. 1 dell'art. 8 TUE. Essa, però, "omette" di menzionare i valori su cui si fonda l'Unione ed evidenzia, in un'ottica, ancora una volta, internazionalistica, l'autonomia e la sovranità delle Parti contraenti. Il mancato richiamo ai valori dell'Unione non sembra casuale: è sufficiente il confronto con il tenore letterale dell'analoga disposizione contenuta nell'Accordo di associazione concluso con l'Ucraina (2014) per comprendere la diversità di approccio che l'Accordo con il Regno Unito intende manifestare. L'art. 1, par. 2, lett. a), dell'Accordo con l'Ucraina individua, infatti, come obiettivo primario dell'associazione «il graduale ravvicinamento tra le Parti sulla base di valori comuni e di legami stretti e privilegiati». In breve, la dimensione valoriale dell'Unione esercita – nell'economia complessiva dell'Accordo di associazione con l'Ucraina – una forza di attrazione verso l'ordinamento giuridico sovranazionale, la cui traiettoria è definita dalla prospettiva di adesione. Viceversa, nel caso in cui l'associazione nasca da un processo opposto a tale prospettiva la capacità attrattiva si affievolisce grandemente, venendo controbilanciata dalla capacità regolatoria dell'ex Stato membro. In questo senso, i rapporti di vicinato con il Regno Unito parrebbero in realtà sfuggire al paradigma accolto nell'art. 8 TUE. La disposizione, infatti, come correttamente ricordato in dottrina, manifesta un carattere sostanzialmente unilaterale delle «relazioni privilegiate», richiedendo ai Paesi limitrofi di *accettare* i valori dell'Unione³⁰. Così non è per le relazioni con il Regno Unito, che paiono piuttosto ispirate da una logica più strettamente consensuale³¹.

È interessante, da questo punto di vista, una precisazione che si rinviene nella sentenza arbitrale resa sulla controversia concernente la pesca del cicerello, richiamata poco sopra. Tale precisazione riguarda il fatto che l'autonomia regolatoria riconosciuta a ciascuna delle Parti dall'Accordo troverebbe il proprio fondamento proprio nell'art. 1 di quest'ultimo, segnata-mente nel richiamo al rispetto dell'autonomia e della sovranità delle Parti

³⁰ V. A. LANG, *Art. 8 TUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 46 ss., spec. p. 48. Sul tema, cfr. pure N. GHAZARYAN, *The fluid concept of 'EU values' in the neighbourhood. A change of paradigm from East to South?*, in S. POLI (ed.), *The European Neighbourhood Policy – Values and Principles*, London-New York, 2016, p. 11 ss.

³¹ V. anche M. CREMONA, N. NIC SHUIBHNE, *Integration, membership, and the EU neighbourhood*, in CMLR, vol. 59, 2022, p. 155 ss., spec. p. 177.

che esso contiene³². Ne consegue, come anche evidenziato dall'Unione europea e dal Regno Unito nel corso del procedimento, che le Parti debbono ritenersi autonome nel fissare i propri obiettivi politici a tutela dei rispettivi interessi, non rientrando tra le prerogative del tribunale arbitrale la determinazione del livello di protezione di tali interessi³³. Beninteso, l'autonomia di cui godono le Parti non è certo assoluta. Essa deve tenere conto anzitutto degli ulteriori vincoli internazionali da esse assunti. In secondo luogo, è lo stesso Accordo a precisare, all'art. 494, par. 3, lett. f), che la cooperazione in materia di pesca deve garantire l'applicazione di misure proporzionate e non discriminatorie per la conservazione delle risorse biologiche marine e la gestione delle risorse della pesca, «preservando nel contempo l'autonomia normativa delle Parti». Il rispetto di tali vincoli può, evidentemente, essere oggetto di valutazione da parte del tribunale arbitrale. In particolare, in relazione al principio di proporzionalità, il tribunale arbitrale investito della controversia ha chiarito che «this entails a review of whether the various factors bearing on the proportionality of a measure were considered and whether these considerations were applied in the actual weighing and balancing such that what was done satisfies the requirement to “have regard” to the principle of applying a proportionate measure»³⁴.

Con la conseguenza che: «[t]his does not lead to a prescriptive assessment of how the decision-maker has undertaken the weighing and balanc-

³² *UK-Sandeel (The European Union v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, Ruling, sopra citata, punto 442. Il tribunale arbitrale menziona al riguardo anche il punto 7 del Preambolo dell'Accordo, che riconosce l'autonomia delle Parti a legiferare nei rispettivi territori (*ivi*, punto 443). Questo il testo della previsione preambolare: «[si riconosce] l'autonomia delle parti e i diritti di legiferare nel rispettivo territorio al fine di conseguire obiettivi politici pubblici legittimi come la tutela e la promozione della sanità pubblica, i servizi sociali, l'istruzione pubblica, la sicurezza, l'ambiente, cambiamenti climatici compresi, la morale pubblica, la protezione sociale o dei consumatori, il benessere degli animali, il rispetto della vita privata e la protezione dei dati, la promozione e la tutela della diversità culturale, adoperandosi nel contempo per migliorare gli elevati livelli rispettivi di protezione». Significativo anche un passaggio contenuto nella memoria presentata dall'Unione europea, ove si legge che «[t]his term [regulatory autonomy] also reflects the *nature* of the relationship between the Parties as defined in the TCA [EU-UK Trade and Cooperation Agreement] and as distinguished from the governance [...] prior to the withdrawal of the UK from the EU»: *UK-Sandeel (The European Union v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, Written Submission of the European Union, sopra citata, punto 558. Il corsivo è aggiunto.

³³ *Ivi*, punto 557 e punti 197-198.

³⁴ *UK-Sandeel (The European Union v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, Ruling, sopra citata, punto 641.

ing, nor an assessment of whether the decision-maker was correct in its weighing and balancing. An Arbitration Tribunal should not seek to replace the decision-maker's judgments on the weighing of costs and benefits with its own judgments. Nor is this standard of review such as to render the measure subject to conformity with proportionality and non-discrimination»³⁵.

Insomma, è evidente che la dimensione valoriale che risulta accolta nell'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione appare caratterizzata da un approccio volto a preservare le specificità – e l'autonomia – di entrambe le Parti, similmente a quanto può osservarsi in altri accordi di libero scambio di nuova generazione conclusi dall'Unione europea³⁶. Dal punto di vista dell'Unione, tale approccio trova il fondamento nell'art. 3, par. 5, TUE, da leggersi in combinato disposto con l'art. 21, paragrafi 1 e 2, lett. b), TUE³⁷. È in particolare nell'interazione tra valori e interessi fondamentali, che – dispongono le norme appena menzionate – l'Unione deve affermare e promuovere sulla scena internazionale, che si rinviene una chiave di lettura per comprendere quale possa essere l'incidenza dei valori UE nei confronti dell'ex Paese membro. Tale interazione, le cui implicazioni sono state sin qui assai poco esplorate in dottrina³⁸, suggerisce un bilanciamento della matrice identitaria dell'Unione con altri elementi ed obiettivi da essa perseguiti sul piano internazionale, che inevitabilmente porta la prima ad un ridimensionamento quanto alla sua capacità prescrittiva. A ciò peraltro va ad aggiungersi, come è stato correttamente evidenziato, il fatto che le disposizioni sopra richiamate, nel riferirsi anche al rispetto, da parte dell'Unione, dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale, esplicitano, «senza risolverla, la tensione tra un approccio “costituzionalista”, volto alla promozione e tutela del sistema assiologico proprio dell'UE, e l'apertura al diritto internazionale, con il suo distinto sistema di valori, principi e finalità»³⁹.

³⁵ *Ivi*, punto 642.

³⁶ V. sul punto E. NEFRAMI, M. GATTI, *Autonomy and EU competences in the context of free trade and investments agreements*, in I. BOSSE-PLATIÈRE, C. RAPOPORT (eds.), *The Conclusion and Implementation of EU Free Trade Agreements. Constitutional Challenges*, Cheltenham-Northampton, 2019, p. 58 ss.

³⁷ Cfr., sul contributo offerto da tali disposizioni, R. A. WESSEL, Y. KASPIAROVICH, *The role of values in EU external relations: A Legal assessment of the EU as a 'good' global actor*, in E. FAHEY, I. MANCINI (eds.), *Understanding the EU as a Good Global Actor. Ambitions, Values and Metrics*, Cheltenham-Northampton, 2022, p. 92 ss.

³⁸ Per alcune considerazioni, v. M. E. BARTOLONI, *L'Unione europea come attore nelle relazioni internazionali*, in S. POLI, M. E. BARTOLONI (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2021, p. 1 ss., spec. p. 7 ss.

³⁹ *Id.*, *Mantenimento della pace, rafforzamento della sicurezza internazionale e prevenzione*.

Il rilievo che l'interazione tra valori e interessi assume nella definizione dei rapporti con l'ex Stato membro pare confermato da un altro elemento di prassi, scaturito dal Summit tenutosi nel maggio 2025 tra l'Unione europea ed il Regno Unito al fine di costituire un partenariato strategico rafforzato. Il Summit ha portato alla conclusione, tra l'altro, di un Partenariato su sicurezza e difesa tra l'Unione e l'ex Paese membro⁴⁰. Benché rimanga dubbia la natura vincolante del documento – in effetti esso non sembra *prima facie* costituire un accordo integrativo dell'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione *ex art. 2* di quest'ultimo, non essendo stato concluso tramite la procedura generale cristallizzata nell'art. 218 TFUE⁴¹ – è interessante notare l'enfasi particolare che vi si rinviene tanto rispetto agli «shared [security] interests [that] go beyond traditional stragic domains, to include areas such as cyber and hybrid threats, space, and resilience of critical infrastructure»⁴² quanto riguardo agli «shared values including the promotion of democracy and commitment to upholding international law»⁴³. Tale enfasi suggerisce che l'autonomia riacquisita dal Regno Unito non escluda affatto, di per sé, la possibilità di un elevato livello di convergenza tra le Parti quanto all'interazione tra valori e interessi fondamentali, in questo caso probabilmente facilitato dalla “passione per la sicurezza” che pare caratterizzare le società europee, al di qua e al di là della Manica, nell'attuale contesto storico⁴⁴.

ne dei conflitti: il contributo “multiforme” della Corte di giustizia, in *DUE*, vol. 28, n. 4, 2024, p. 1 ss., p. 2. Corsivo aggiunto.

⁴⁰ V. *Security and defence partnership between the European Union and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, 19 May 2025, testo disponibile al sito Internet www.eeas.europa.eu/.

⁴¹ Anche se, nella conferenza stampa che è seguita al Summit, il Presidente del Consiglio europeo, António Costa, ha qualificato il partenariato come un «agreement» concluso tra le Parti. V. European Council, *Remarks by President António Costa at the joint press conference following the EU-UK summit in London*, 19 May 2025, www.consilium.europa.eu/. Qualora il Partenariato fosse qualificabile come strumento non vincolante, si potrebbero comunque prefigurare degli effetti giuridici significativi. L'attuale proposta di istituzione dello strumento di azione per la sicurezza dell'Europa (SAFE) prevede, per esempio, che gli Stati terzi con i quali l'Unione ha concluso partenariati non vincolati su sicurezza e difesa possano partecipare agli appalti comuni previsti dal nuovo strumento. Cfr. doc. COM (2025) 122final, del 19 marzo 2025, considerando n. 21.

⁴² *Security and defence partnership*, cit., punto 2.

⁴³ *Ivi*, punto 4.

⁴⁴ EDITORIAL COMMENTS, *The passion for security in European societies*, in *CMLR*, vol. 61, n. 2, 2024, p. 283 ss. In generale, sulle prospettive di cooperazione tra Unione europea e Regno Unito nel settore della sicurezza e difesa, v. A. DASHWOOD, *How to structure an EU/UK Partnership on foreign, security and defence policy*, April 2025, www.iep.unibocconi.eu/; A.

Vi è un ulteriore elemento da evidenziare, che è collegato al fatto che l'Accordo di recesso risulta tuttora in vigore tra le Parti. Dunque, almeno in linea teorica, la rafforzata capacità di incidenza dei valori dell'Unione che vi si può rinvenire⁴⁵ ben potrebbe influenzare anche il diverso approccio cui risulta invece informato l'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione, essendo difficile ipotizzare che i due strumenti di cooperazione risultino completamente indipendenti l'uno dall'altro. Insomma, *mutatis mutandis*, potrebbe valere anche per il tema in discussione una considerazione svolta da Catherine Barnard rispetto al Protocollo, allegato all'Accordo di recesso, su Irlanda e Nord Irlanda (NIP): «it is quite clear that the drafters knew (and commentators have observed) that the NIP means that Northern Ireland has a foot in two camps, both the EU internal market and the UK internal market»⁴⁶. Detto questo, è, però, difficile ignorare completamente le osservazioni svolte dall'Avv. gen. Collins nelle conclusioni rese nel caso *EP/Préfét du Gers*, avente ad oggetto l'incompatibilità dell'Accordo di recesso con i «principi che formano l'identità dell'Unione europea» (nel caso di specie, le norme sulla cittadinanza europea rinvenibili nel diritto primario), per il fatto di aver disposto la revoca della cittadinanza europea per i cittadini del Regno Unito. Ebbene, secondo l'Avv. gen. «[p]oiché la scelta sovrana del Regno Unito di abbandonare l'Unione europea equivale a un rigetto dei principi sottesi all'Unione, e poiché l'Accordo di recesso è un accordo tra l'Unione europea e il Regno Unito diretto ad agevolarne il recesso ordinato, l'Unione europea non si trovava in una posizione tale da poter insistere sul fatto che il Regno Unito si conformasse pienamente a qualsivoglia principio fondamentale dell'Unione europea»⁴⁷.

Come giustamente osservato in dottrina⁴⁸, l'Avv. gen. Collins ha certamente ecceduto nel ritenere che la scelta del Regno Unito – o di un qualsiasi altro Stato membro – di recedere dall'Unione implichi automaticamente (o

MIGLIO, *Risorse europee per una difesa... europea? Il Libro bianco e le proposte della Commissione per il finanziamento della difesa*, in *EJ*, vol. 11, n. 2, p. 159 ss.

⁴⁵ *Supra*, par. 2.

⁴⁶ C. BARNARD, *Manuel Kellerbauer, Eugenia Dumitriu-Segnana and Thomas Liefländer (eds.), The UK-EU Withdrawal Agreement: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2021. xxxvi + 543 pages, in *CMLR*, vol. 59, n. 4, p. 1250 ss., p. 1250.

⁴⁷ Conclusioni dell'Avv. gen. Collins, del 24 febbraio 2022, C-673/20, par. 75. Nella relativa sentenza, la Corte di giustizia non si è espressa sul punto, limitandosi a riconoscere che, in forza dell'art. 50, par. 3, TUE i cittadini britannici non possono più considerarsi cittadini dell'Unione europea a far data dall'entrata in vigore dell'Accordo di recesso (1° febbraio 2020): Corte giust. 9 giugno 2022, C-673/20, *EP/Préfét du Gers*, punto 91.

⁴⁸ M. CREMONA, N. NIC SHUIBHNE, *op. cit.*, p. 117.

necessariamente) un rigetto dei suoi principi (o valori) fondamentali. Peraltro, lo si è ricordato, la Corte di giustizia ha riconosciuto – seppur implicitamente – l’impatto stringente che questi ultimi continuano ad avere nel periodo transitorio previsto dall’Accordo di recesso, tanto da fare dell’ex Stato membro un garante, per certi versi, del loro rispetto⁴⁹. D’altra parte, è però anche vero che, decorso il periodo di transizione, la capacità di incidenza dei valori fondamentali dell’UE, in quanto tali, sul rapporto con l’ex Paese membro, pur non esaurendosi, tende inevitabilmente ad affievolirsi.

Vale la pena, infine, menzionare un’ultima ipotesi di interazione tra i valori dell’Unione e l’ex Stato membro. Essa si riferisce alle ipotesi in cui il legislatore sovranazionale adotti unilateralmente una normativa di diritto derivato che può produrre effetti su detto Stato e che risulta dettata o ispirata dall’esigenza del rispetto dei valori UE. Oltre all’ipotesi relativa all’adozione di sanzioni o misure restrittive⁵⁰, per il momento priva di riscontro pratico, ci si può riferire ad alcuni strumenti normativi, per lo più adottati in ambito digitale, che danno concretizzazione ai valori fondamentali dell’Unione⁵¹, prevedendo un’estensione extraterritoriale dei loro effetti⁵². L’*Artificial Intelligence Act*⁵³ rappresenta, probabilmente, l’esempio più evidente di quest’ultima tendenza, che tuttavia riscontra una serie di difficoltà sul piano applicativo e, più generale, su quello dell’efficacia delle misure proposte⁵⁴.

⁴⁹ *Supra*, par. 2.

⁵⁰ Sull’impiego di misure restrittive per la promozione dei valori dell’Unione, v., per tutti, S. POLI, *Promoting EU values in the neighbourhood through EU financial instruments and restrictive measures*, in S. POLI (ed.), *The European Neighbourhood Policy*, cit., p. 33 ss., spec. p. 48 ss.

⁵¹ F. FERRI, *Transizione digitale e valori fondanti dell’Unione: riflessioni sulla costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *DUE*, vol. 26, n. 2, 2022, p. 277 ss.

⁵² Per alcune considerazioni sull’intreccio tra estensione territoriale dell’efficacia del diritto UE e tutela dei suoi valori, v. L. LONARDO, *The extraterritorial reach of EU law: A matter of external trust?*, in F. CASOLARI, M. GATTI (eds.), *The application of EU law beyond its borders*, *CLEER Papers*, n. 3, 2022, www.asser.nl/media/795814/cleer_022-03_web_final.pdf, p. 9 ss.

⁵³ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale.

⁵⁴ V., proprio con riferimento all’*Artificial Intelligence Act*, M. ALMADA, A. RADU, *The Brussels side-effect: How the AI Act can reduce the global reach of EU policy*, in *GLJ*, vol. 25, n. 4, 2024, p. 646 ss.

4. Conclusioni: i 21 grammi dell'integrazione europea

21 grammi (tre quarti d'oncia, per l'esattezza). È questo, come noto, il peso dell'anima individuato da Duncan MacDougall nel 1907, dopo aver misurato il peso di sei persone prima e dopo il loro decesso⁵⁵. In questo contributo si è cercato di evidenziare quali siano le principali dinamiche che caratterizzano il rilievo dei valori o, prendendo a prestito una felice espressione coniata in dottrina⁵⁶, il “valore giuridico dei valori” dell'Unione europea nel rapporto «unico e eccezionale»⁵⁷ che si instaura tra l'Unione, i suoi Paesi membri e uno Stato che ha abbandonato il processo di integrazione. Ciò anche al fine di quantificare il peso che i valori rivestono per gli Stati membri.

Il quadro che emerge è il seguente: i valori non risultano più in grado – al di là di specifiche situazioni prevalentemente coperte da regimi (transitori e non) che possono essere introdotti, nel caso di una fuoriuscita ordinata, dall'accordo di recesso – di esercitare il potere ordinante che li contraddistingue nella definizione del rapporto di *membership*, intendendosi con ciò la capacità di orientare, unitamente a taluni principi strutturali dell'ordinamento (ad es., il principio di uguaglianza e quello di leale cooperazione), l'esercizio delle prerogative degli Stati membri e la loro condotta nel contesto di vita sociale instaurato all'interno dell'Unione. Detto in altri termini, il potere ordinante dei valori dell'Unione, oltre che a rilevare sul piano strettamente giuridico, costituisce «la condizione politica e pratica per l'esistenza dell'ordinamento giuridico dell'Unione»⁵⁸. Peraltro, ciò determinerebbe, nella ricostruzione di “società europea” recentemente offerta da Armin von

⁵⁵ D. MACDOUGALL, *Hypothesis concerning soul substance together with experimental evidence of the existence of such substance*, in *Journal of the American society for Psychical Research*, vol. I, n. 5, 1907, p. 237 ss. Nel suo lavoro, MacDougall ammette che «a large number of experiments would require to be made before the matter can be proven beyond any possibility of error, but if further and sufficient experimentation proves that there is a loss of substance occurring at death and not accounted for by known channels of loss, the establishment of such a truth can not fail to be of the utmost importance» (*ivi*, p. 243).

⁵⁶ L. S. ROSSI, *La valeur juridique des valeurs. L'article 2 TUE : relations avec d'autres dispositions de droit primaire de l'UE et remèdes juridictionnels*, in *RTDE*, vol. 11, n. 3, 2020, p. 639 ss.

⁵⁷ V. il considerando n. 3 della decisione (UE) 2021/689 del Consiglio, del 29 aprile 2021, relativa alla conclusione dell'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione e dell'Accordo sulle procedure di sicurezza per lo scambio e la protezione di informazioni classificate.

⁵⁸ Conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, del 5 giugno 2025, C-769/22, *Commissione/Ungheria* (Valeurs de l'Union), par. 163.

Bogdandy – vale a dire una società dei cittadini europei sviluppatasi «under the constitutional standards of Article 2 TEU»⁵⁹ – la fuoriuscita definitiva dei cittadini del Regno Unito dai rapporti interindividuali fondati sui valori dell'Unione, anche laddove essi continuino a beneficiare di taluni dei diritti loro riconosciuti originariamente dal possesso della cittadinanza europea⁶⁰.

Come è ovvio, la perdita del potere ordinante non determina certo l'irrelevanza dei valori, non fosse altro perché è molto probabile che anche lo Stato che ha esercitato il recesso abbia contribuito alla loro qualificazione come matrice identitaria comune, condividendone il rispetto nel proprio sistema costituzionale. A cambiare è, tuttavia, il contesto nel quale il loro rilievo opera, che non è più quello dell'integrazione giuridica ma quello della cooperazione internazionale, nella quale anche l'Unione è chiamata a conciliare la tutela e promozione dei propri valori con la considerazione dei suoi interessi fondamentali, nel pieno rispetto degli obblighi internazionali che la vincolano. Ed è proprio nel bilanciamento tra i primi e i secondi – bilanciamento comunque tenuto a garantire il rispetto del contenuto essenziale dei valori che vengono condivisi sul piano dei rapporti pattizi – che si determinano le possibilità di una maggiore o minore convergenza delle traiettorie che contraddistinguono l'azione dell'Unione e dei suoi Stati membri, da un lato, e, dall'altro, quella dello Stato che ha esercitato il recesso dall'Organizzazione.

⁵⁹ A. VON BOGDANDY, *The Emergence of European Society through Public Law. A Hegelian and Anti-Schmittian Approach*, in N. JAIN ET AL. (eds.), *The Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford, 2024, p. 95. Ad «una buona società nella Costituzione europea» si riferisce, invece, l'Avv. gen. Čapeta nelle sue conclusioni in causa C-769/22, con diretto richiamo al paradigma identitario espresso dall'art. 2 TUE (*Commissione/Ungheria*, sopra citate, par. 157; corsivo nel testo).

⁶⁰ V. M. DOUGAN, *The UK's Withdrawal from the EU. A Legal Analysis*, Oxford, 2021, p. 223 ss. Del resto, la stessa Corte di giustizia ha evidenziato con forza il fatto che la cittadinanza europea è fondata sui valori dell'Unione, arrivando a precisare che «l'esercizio da parte degli Stati membri della loro competenza per definire i requisiti per la concessione della cittadinanza di questi ultimi incide sul funzionamento dell'Unione in quanto ordinamento giuridico comune»: *Commissione/Malta*, sopra citata, punti 89, 93 e 95.

Abstract (ita)

Il contributo guarda all'incidenza dei valori dell'Unione europea sulle relazioni tra essa, i suoi Stati membri e i Paesi che abbiano attivato la procedura di recesso *ex art. 50 TUE*, fuoriuscendo dal processo di integrazione. Ora, sebbene sia evidente che gli *ex* Paesi membri abbiano contribuito alla costruzione della matrice identitaria oggi codificata nell'*art. 2 TUE*, la condivisione dei medesimi valori non implica necessariamente l'attribuzione agli stessi del medesimo rilievo sul piano giuridico. Essi (anche se sarebbe meglio dire gli obblighi che ne discendono) possono, cioè, determinare un impatto differente a seconda che ci si riferisca a un Paese membro o a un Paese che non lo è più. In questo senso, poiché il rispetto dei valori UE costituisce il fondamento dell'adesione ad essa *ex art. 49 TUE*, e, dunque, della *membership* la valutazione della loro incidenza sui rapporti con Stati *ex* UE consente anche di misurare il "peso" della perdita dello *status* di membro dell'Organizzazione. O, se si vuole, il "peso" della partecipazione all'integrazione giuridica europea.

Abstract (eng)

This contribution examines the impact of the values of the European Union on relations between the EU, its Member States, and the countries that have triggered the withdrawal procedure under Article 50 TEU, thereby leaving the EU integration process. Although the former Member States undoubtedly contributed to constructing the identity matrix now codified in Article 2 TEU, sharing the same values does not necessarily imply that they are given the same legal importance. That is, they (or rather, the obligations arising from them) may have a different impact depending on whether one is referring to a Member State or a country that is no longer a Member State. In this sense, since respect for EU values constitutes the basis for accession to the Union within the meaning of Article 49 TEU and, therefore, for the membership, assessing their impact on relations with former EU Member States also makes it possible to measure the "weight" of the loss of status as a member of the organization. Or, in other words, the "weight" of participation in the EU legal integration.

LA CONVENZIONE DI AARHUS DEL 1998 E L'ATTUAZIONE NELL'UNIONE EUROPEA

Alessandra Lang*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Parte I: il quadro normativo per l'attuazione della Convenzione di Aarhus nell'Unione europea. – 3. Il primo pilastro della Convenzione di Aarhus: l'accesso alle informazioni ambientali. – 4. Analisi critica delle disposizioni dell'Unione che danno attuazione all'accesso del pubblico alle informazioni ambientali detenute dalle autorità nazionali, ai sensi dell'art. 4 della Convenzione. – 5. Analisi critica delle disposizioni dell'Unione che danno attuazione all'accesso del pubblico alle informazioni ambientali detenute dalle istituzioni dell'Unione, ai sensi dell'art. 4 della Convenzione. – 6. Il secondo pilastro della Convenzione di Aarhus: la partecipazione del pubblico. – 7. Analisi critica delle disposizioni dell'Unione che danno attuazione alla partecipazione del pubblico alle decisioni relative ad attività specifiche ai sensi dell'art. 6 della Convenzione. – 8. Analisi critica delle disposizioni dell'Unione che danno attuazione alla partecipazione del pubblico a piani e programmi in materia ambientale dell'Unione e degli Stati membri, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione. – 9. Il terzo pilastro della Convenzione di Aarhus: l'accesso alla giustizia. – 10. Analisi critica delle disposizioni dell'Unione che realizzano una parziale attuazione degli obblighi per gli Stati membri di garantire l'accesso alla giustizia. – 11. Analisi critica delle disposizioni dell'Unione che realizzano una parziale attuazione degli obblighi per l'Unione di garantire l'accesso alla giustizia. – 12. Parte II: la Convenzione di Aarhus nella giurisprudenza dei giudici dell'Unione. – 13. La mancanza di effetti diretti della Convenzione di Aarhus secondo la Corte di giustizia. – 14. Le pronunce che applicano o interpretano i provvedimenti di attuazione. – 15. Considerazioni conclusive: un bilancio della qualità dell'attuazione della Convenzione di Aarhus nell'Unione europea.

1. *Introduzione*

Nel 2025 cade il ventennale dell'entrata in vigore per l'Unione europea della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambien-

* Professoressa associata di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano.

tale, firmata ad Aarhus il 25 giugno 1998 (d'ora innanzi: la Convenzione di Aarhus)¹. Attraverso i tre oggetti del titolo (anche detti pilastri), essa mira a realizzare la più avanzata forma di democrazia ambientale² finora raggiunta sul piano internazionale. Ciascun pilastro, pur autonomamente regolato, non è isolato, ma rafforza gli altri due e da essi trae forza, al fine di plasmare un processo decisionale che porti le autorità pubbliche ad assumere decisioni migliori per l'ambiente. L'assunto su cui la Convenzione poggia è che il pubblico, quando partecipa alla presa di decisioni, agisce per il bene dell'ambiente, in adempimento di un dovere quanto meno morale di proteggerlo. La democrazia ambientale, a sua volta, non è un fine, bensì lo strumento attraverso il quale tutelare l'ambiente e realizzare «il diritto di ogni persona, nelle generazioni presenti e future, a vivere in un ambiente atto ad assicurare la sua salute e il suo benessere», come si legge nell'art. 1³.

La Convenzione di Aarhus presenta alcuni tratti peculiari, attinenti alla formulazione delle norme e ai meccanismi istituzionali, che ne fanno un caso di studio estremamente interessante, ma al contempo difficilmente generalizzabile.

In primo luogo, le Parti contraenti hanno assunto l'obbligo specifico di adottare provvedimenti di attuazione per rendere effettivi i diritti che la Convenzione stessa vuole istituire a favore del pubblico, e di «stabilire e mantenere un quadro normativo chiaro, trasparente e coerente per l'attuazione della presente convenzione» (art. 3, par. 1). La lettera della disposizione non lascia margine di dubbio: le Parti contraenti hanno previsto un chiaro obbligo di azione, consistente nel dover adottare specifici provvedimenti di portata generale. Tale obbligo generale, che si aggiunge a quelli più

¹ La Convenzione è stata conclusa con decisione 2005/370 del Consiglio, del 17 febbraio 2005. La base giuridica "sostanziale" è costituita dall'art. 175, par. 1, TCE (ora art. 192, par. 2, TFUE). Anche gli Stati membri sono parti contraenti della Convenzione. Nell'articolo si userà la versione italiana della Convenzione.

² Si v. C. PITEA, *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, Napoli, 2013, p. 426 ss. Nel senso che la Convenzione esprime solo imperfettamente le potenzialità della democrazia ambientale, si v. E. BARRITT, *The Foundations of the Aarhus Convention. Environmental Democracy, Rights and Stewardship*, Oxford, 2020, p. 154 ss.

³ In dottrina si è sottolineato che, negli ultimi anni, la fiducia nella forza positiva della partecipazione ambientale appare appannata, sia per gli ostacoli che alcuni Stati tendono a frapporre a chi vuole esercitare i diritti previsti dalla Convenzione, sia per l'uso ostruzionistico (e la conseguente strumentale amplificazione) della partecipazione in chiave anti-industriale; la valorizzazione dell'obiettivo ultimo della Convenzione consentirebbe di dare nuovo impulso alla partecipazione: sul punto, si v. E. BARRITT, *The Aarhus Convention and the Latent Right to a Healthy Environment*, in *Journal of Environmental Law*, 2024, p. 67 ss.

specifici, relativi ai tre pilastri della Convenzione, è stato inteso nel senso che il riconoscimento di effetti diretti all'accordo non è sufficiente per adempiere all'obbligo dell'art. 3, par. 1⁴. In secondo luogo, le Parti contraenti sono tenute a presentare su base regolare dei rapporti sull'attuazione della Convenzione, secondo un dettagliato formulario⁵. Tali rapporti consentono alla riunione delle parti (MOP, secondo l'acronimo inglese) di effettuare una costante verifica dell'attuazione della Convenzione con il fine di contribuire a migliorarla. In terzo luogo, il Comitato di controllo dell'osservanza della Convenzione (ACCC, secondo l'acronimo inglese) può valutare se una Parte contraente è o meno conforme alla Convenzione sulla base di una comunicazione che riceve dal pubblico⁶. Pur non essendo un organo giudiziario e non potendo accertare la violazione della Convenzione, il Comitato di controllo è un organo indipendente che applica il diritto e le sue conclusioni e raccomandazioni, raggiunte al termine di un procedimento ispirato alla trasparenza e al dialogo tra autore della comunicazione e parte coinvolta, costituiscono un autorevole riferimento per apprezzare la qualità dell'attuazione e per interpretare la Convenzione stessa. Ogni MOP esamina le conclusioni e di regola le adotta, benché possa modificarle o respingerle; può adottare ulteriori misure per agevolare l'osservanza della Convenzione, in attuazione del compito che l'art. 10, par. 2, della Convenzione le attribuisce. In quarto luogo, il Segretariato dell'UNECE prepara una Guida all'applicazione della Convenzione, che è un utile strumento per comprendere la portata degli obblighi che la Convenzione prevede e che attinge alle conclusioni del Comi-

⁴ Si v. UNECE, *The Aarhus Convention. An Implementation Guide* 2014 (d'ora innanzi: la Guida all'applicazione della Convenzione), p. 60 ss., che cita le conclusioni del 16 giugno 2008, del Comitato di controllo (sul quale si veda immediatamente oltre) relative alla comunicazione ACCC/C/2005/11 (Belgio).

⁵ I rapporti sono raccolti dal Segretariato, che ne predispone una sintesi per la MOP. Le disposizioni relative alla presentazione dei rapporti sono contenute nelle decisioni I/8 e II/10 della MOP.

⁶ L'art. 15 della Convenzione consente alla MOP di istituire «meccanismi facoltativi di natura extragiudiziale, non contenziosa e consultiva per verificare l'osservanza delle disposizioni della» Convenzione. L'ACCC è stato istituito con decisione I/7. Merita di essere sottolineato che la legittimazione a presentare una comunicazione spetta a qualunque persona fisica o giuridica, comprese le ONG ambientali, e non richiede la qualità di vittima. Si v. V. KOESTER, *The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention)*, in G. ULFSTEIN, T. MARAUHN, A. ZIMMERMANN (eds.), *Making Treaties Work: Human Rights, Environment and Arms Control*, Cambridge, 2007, p. 179 ss.; C. PITEA, *op. cit.*, p. 304 ss.; E. HEY, *Compliance Procedure: Aarhus Convention*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2018.

tato di controllo per illustrare le disposizioni convenzionali e offrire buone pratiche alle parti contraenti.

In quanto parte contraente della Convenzione, l'Unione è tenuta a rispettarne le disposizioni. Come visto, una corretta attuazione della Convenzione necessita dell'adozione e applicazione di normative a carattere generale per rendere concretamente operanti le disposizioni dei tre pilastri⁷. Sull'attuazione la Commissione europea riferisce alla MOP e i rapporti periodici sono accessibili *online*. Del fatto che l'attuazione non sia sempre priva di ombre è prova che, alla fine del 2024, l'Unione europea era oggetto di 13 comunicazioni individuali⁸. In cinque casi il Comitato di controllo ha accertato una situazione di non conformità, quasi sempre dovuta a non corretta attuazione⁹. Anche sul piano interno la Convenzione di Aarhus è spesso richiamata di fronte ai giudici dell'Unione: si tratta di un centinaio di sentenze rese in via pregiudiziale, di azioni di annullamento promosse da ricorrenti non privilegiati e relative impugnazioni, e – in misura significativamente minore – di azioni per infrazione. I temi affrontati sono i più vari, con

⁷ Non è dunque sufficiente che la Convenzione sia parte integrante dell'ordinamento dell'Unione per concludere che l'Unione la rispetta. Sulla circostanza che gli accordi internazionali dell'Unione sono incorporati nell'ordinamento grazie all'art. 216, par. 2, TFUE, purché siano stati conclusi in conformità all'art. 218 TFUE, siano in vigore sul piano internazionale e siano conformi al diritto primario, si v. per tutti, F. CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, 2008.

⁸ Delle 13 comunicazioni, 9 sono state decise nel merito, mentre una è pendente, due sono state considerate inammissibili, una ha rinviato alle conclusioni di una precedente comunicazione avente lo stesso oggetto. Sui primi casi riguardanti l'Unione, si v. A. ALI, *The EU and the Compliance Mechanisms of Multilateral Environmental Agreements: the Case of the Aarhus Convention*, in E. MORGERA (ed.), *The External Environmental Policy of the European Union: EU and International Law Perspectives*, Cambridge, 2012, p. 287 ss. Su tre comunicazioni relative all'art. 7 della Convenzione, con l'obiettivo di riflettere sull'identificazione della parte coinvolta (UE o Stato membro) dalla comunicazione, si v. E. FASOLI, *Apportioning the Obligations Arising Under the UNECE Aarhus Convention Between the EU and its MSs: The Real Scope of the 'Community Law in Force'*, in DPCE, 2018, p. 177 ss.

⁹ È ben noto (e non sarà affrontato in questa sede) che la Corte di giustizia è restia ad ammettere la compatibilità con i Trattati di meccanismi di soluzione delle controversie previsti da accordi internazionali di cui l'Unione sia parte, quando essi possono interpretare il diritto dell'Unione. Sul punto, si v. B. DE WITTE, *A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement beyond the European Union*, in M. CREMONA, A. THIES (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law. Constitutional Challenges*, Oxford, 2016, p. 33 ss. Benché il Comitato di controllo non sia un giudice, è innegabile che nelle sue decisioni interpreta il diritto dell'Unione, anche in modo difforme da come lo ha fatto il giudice dell'Unione. Finora la Corte di giustizia non ha avuto occasione di pronunciarsi sul valore delle decisioni del Comitato di controllo.

una netta prevalenza per l'accesso alle informazioni e al giudice.

Il quadro normativo stabilito dall'Unione per dare attuazione alla Convenzione e la sua applicazione, costituiscono l'oggetto del presente lavoro, che ha lo scopo di riflettere sulle tecniche di attuazione seguite dall'Unione, e sulla rilevanza dell'*occasio legis* per comprendere come nella giurisprudenza il rapporto tra norme di attuazione e Convenzione è (o può essere) ricostruito e se influenzi l'interpretazione del diritto derivato.

A tal fine, si intende ricostruire criticamente il quadro normativo, stabilito per dare attuazione agli obblighi per gli Stati e per l'Unione stessa (parte I), per poi analizzare come gli atti di attuazione sono interpretati dai giudici dell'Unione (parte II). Alcune considerazioni finali concludono il lavoro.

2. *Parte I: il quadro normativo per l'attuazione della Convenzione di Aarhus nell'Unione europea*

La presente parte intende ricostruire criticamente il quadro normativo, estremamente composito e differenziato, che l'Unione europea ha stabilito per dare attuazione agli obblighi della Convenzione di Aarhus. Esigenze di chiarezza e sistematicità invitano a seguire lo stesso schema che la Commissione utilizza quando redige i rapporti periodici che presenta alle MOP. Di conseguenza, in relazione ad ogni pilastro si illustreranno separatamente i diversi provvedimenti adottati per l'Unione e per i suoi Stati membri, mettendo in evidenza le lacune che ancora permangono.

3. *Il primo pilastro della Convenzione di Aarhus: l'accesso alle informazioni ambientali*

Il primo pilastro della Convenzione riguarda le informazioni ambientali e consta dell'accesso all'informazione su richiesta (art. 4) e della tenuta e diffusione delle informazioni ad opera delle autorità pubbliche (art. 5)¹⁰.

Il primo elemento ha una dimensione individuale e incarna un diritto fondamentale: una pubblica autorità che riceve una richiesta di accesso alle informazioni ambientali da parte di qualunque membro del pubblico deve rispondere e concedere l'accesso, a meno che sussista un motivo per rifiu-

¹⁰ Sul primo pilastro e sul legame di questo con gli altri pilastri, si v. S. WHITTAKER, *The Right of Access to Environmental Information*, Cambridge, 2021, p. 33 ss.

tarlo, che sia previsto dalla legislazione della parte contraente in attuazione dei paragrafi 3 e 4 dell'art. 4, della Convenzione, che appunto elenca tali motivi¹¹. La Convenzione definisce inoltre alcuni criteri che devono essere rispettati nell'esame delle richieste.

Il secondo elemento ha una dimensione più generale: pur imponendo obblighi, l'art. 5 è meno dettagliato dell'art. 4, e lascia alle Parti contraenti maggiori margini di discrezionalità nel determinare come raggiungere l'obiettivo, che consiste nella raccolta, conservazione, aggiornamento e diffusione delle informazioni ambientali, salvo sussistano le stesse ipotesi che possono giustificare il rifiuto di accesso su richiesta.

4. *Analisi critica delle disposizioni dell'Unione che danno attuazione all'accesso del pubblico alle informazioni ambientali detenute dalle autorità nazionali, ai sensi dell'art. 4 della Convenzione*

L'Unione europea ha adottato la direttiva 2003/4 per attuare gli obblighi del primo pilastro della Convenzione che gravano sugli Stati membri¹². In particolare, il contenuto dell'art. 4 della Convenzione è riorganizzato in tre distinte disposizioni: l'art. 3 «Accesso all'informazione ambientale su richiesta», che delinea come le richieste devono essere presentate e trattate, l'art. 4 «Eccezioni», che dettaglia i motivi che gli Stati possono prevedere per giustificare un rigetto della richiesta di accesso, l'art. 5 «Tasse», che consente agli Stati di subordinare la fornitura delle informazioni al pagamento di «un importo ragionevole». L'attuazione dell'art. 5 della Convenzione è realizzata – seppure in modo parziale – dagli art. 7 «Diffusione dell'informazione ambientale» e 8 «Qualità dell'informazione ambientale» della direttiva 2003/4.

¹¹ Il par. 3 elenca motivi di rifiuto che attengono alla domanda o al documento richiesto, mentre il par. 4 impone un bilanciamento tra il diritto del richiedente all'accesso alle informazioni e altri diritti meritevoli di tutela. Nel senso che il par. 4 richiede un bilanciamento tra interessi e non assegna semplicemente la prevalenza all'interesse diverso da quello del richiedente, si v. le conclusioni e raccomandazioni, del 3 aprile 2009, del Comitato di controllo relative alla comunicazione ACCC/C/2007/21 (Unione europea). Il caso riguardava la condotta della BEI e si è concluso senza constatazione di non conformità alla Convenzione.

¹² Se il preambolo della direttiva non parla di attuazione della Convenzione, lo fa invece la Corte di giustizia nell'indicare lo scopo del legislatore: si v. Corte giust. 22 dicembre 2010, C-524/09, *Ville de Lyon*, punto 36. La direttiva 2003/4, adottata prima dell'entrata in vigore della Convenzione per l'Unione, è intesa a rendere il diritto derivato allora applicabile (la direttiva 90/313) compatibile con la Convenzione, in vista della sua conclusione ad opera dell'Unione.

Inoltre, nel corso degli anni l'Unione ha adottato ulteriori provvedimenti, principalmente direttive, che contengono disposizioni sull'uno o l'altro aspetto dell'accesso alle informazioni, benché non sempre richi amino la Convenzione¹³.

5. *Analisi critica delle disposizioni dell'Unione che danno attuazione all'accesso del pubblico alle informazioni ambientali detenute dalle istituzioni dell'Unione, ai sensi dell'art. 4 della Convenzione*

L'attuazione degli obblighi del primo pilastro che gravano sull'Unione è realizzata dal regolamento 1367/2006¹⁴. Merita qualche considerazione l'attuazione dell'art. 4 della Convenzione, per la tecnica molto particolare utilizzata. L'Unione riteneva che il quadro normativo¹⁵ in vigore al momento della conclusione della Convenzione fosse adeguato a garantire l'accesso alle informazioni ambientali come prescritto dalla Convenzione, salvo alcuni adattamenti che apportava con il regolamento 1367/2006. Tale regolamento prevede che l'accesso alle informazioni ambientali detenute da istituzioni e organi dell'Unione sia disciplinato dal regolamento 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (art. 3), da leggere secondo l'art. 6. L'art. 6 non apporta modifiche al regolamento 1049/2001, ma ne integra il contenuto (prevedendo una ulteriore eccezione all'accesso alle informazioni), e ne modifica l'interpretazione, in senso sia estensivo sia restrittivo. In primo luogo, i motivi che giustificano il rigetto della domanda di accesso sono elencati all'art. 4 del regolamento 1049/2001, e benché strutturati in modo diverso dall'art. 4, par. 3 e par. 4, della Convenzione, sono ad essi ampiamente sovrapposti.

¹³ Nel Rapporto relativo al 2021, la Commissione elenca una trentina di atti che attuano i diversi paragrafi dell'art. 5 della Convenzione, in sei dei quali un riferimento alla Convenzione di Aarhus è presente nel preambolo.

¹⁴ Dell'attuazione dell'art. 4 si dirà subito nel testo. Quanto all'attuazione dell'art. 5 della Convenzione, ad essa sono dedicati gli art. 4 («Raccolta e diffusione delle informazioni ambientali») e 5 («Qualità delle informazioni ambientali») del regolamento 1367/2006.

¹⁵ Su tale quadro normativo (peraltro ancora in vigore, senza essere mai stato modificato, al momento in cui si scrive), sulle esigenze che è inteso a soddisfare e sul contesto nel quale è maturato, si v. A. SANTINI, *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, 2004, p. 206 ss. Si v. anche F. DEANA, *Democrazia ambientale ed eccezioni al diritto fondamentale di accesso alle informazioni detenute dagli organi dell'Unione europea*, in RIDPC, 2020, p. 1 ss.

li, con un'unica eccezione, quella della lett. h) del par. 4, secondo la quale «Una richiesta di informazioni ambientali può essere respinta, qualora la divulgazione di tali informazioni possa pregiudicare: ... h) l'ambiente cui si riferiscono le informazioni, ad esempio i luoghi di riproduzione di specie rare». Tale motivo di non divulgazione è contemplato, con minime varianti letterali, dal par. 2 dell'art. 6 del regolamento 1367/2006, e si aggiunge a quelli dell'art. 4 del regolamento 1049/2001.

In secondo luogo, l'art. 6, par. 1, prima frase, del regolamento 1367/2006 stabilisce che due delle eccezioni alla divulgazione di cui al regolamento 1049/2001 (quelle che prevedono che l'accesso all'informazione è negata se la diffusione pregiudica «gli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale» oppure «gli obiettivi delle attività ispettive, ... e di revisione contabile»¹⁶) debbano essere interpretate nel senso che «vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione qualora le informazioni richieste riguardino emissioni nell'ambiente», per riprendere in senso estensivo la lett. d) del par. 4 dell'art. 4 della Convenzione.

In terzo luogo, l'art. 6, par. 1, seconda frase, del regolamento 1367/2006 impone di interpretare «in modo restrittivo, tenendo conto dell'interesse pubblico tutelato dalla divulgazione e del fatto che le informazioni richieste riguardino le emissioni nell'ambiente», gli altri motivi di diniego all'accesso alle informazioni di cui all'art. 4 del regolamento 1049/2001¹⁷.

Come si intuisce, il regolamento 1367/2006 incide sulla lettera e sullo spirito del regolamento 1049/2001, senza modificarlo formalmente, dando vita ad una singolare concorrenza di fonti, che trovano applicazione quando

¹⁶ Il terzo trattino del par. 2 dell'art. 4 del regolamento 1049/2001 contempla anche le indagini, che comprendono «quelle relative ad una possibile violazione della normativa comunitaria», come specifica l'art. 6, prima frase, del regolamento 1367/2006. L'eccezione relativa allo svolgimento delle indagini rimane assoggettata al regime del regolamento 1049/2001.

¹⁷ Il Tribunale descrive così il rapporto tra i due regolamenti: il regolamento 1367/2006 «costituisce una *lex specialis* rispetto al regolamento 1049/2001, sostituendo, modificandone o puntualizzandone talune disposizioni nel caso in cui la domanda di accesso riguardi «informazioni ambientali» o informazioni «relative a emissioni nell'ambiente»: Tribunale 9 settembre 2011, T-29/08, *LPN/Commissione*, punto 105. Da ciò deriva, secondo il Tribunale, «una presunzione *iuris et de jure* secondo cui la divulgazione presenta un interesse pubblico prevalente quando le informazioni richieste riguardano emissioni nell'ambiente, salvo il caso in cui tali informazioni vertano su un'indagine, in particolare quella relativa a possibili inadempiimenti del diritto dell'Unione europea»: Tribunale 8 ottobre 2013, T-545/11, *Stichting Greenpeace Nederland/Commissione*, punto 37. Sull'interpretazione dell'art. 6 del regolamento, si v. anche Corte giust. 14 novembre 2013, C-514/11 P e C-605/11 P, *AJ-LPN*, punti 78-85 (impugnazione della sentenza nella causa T-29/08 sopra citata, respinta dalla Corte).

la richiesta di accesso ai documenti riguarda le informazioni ambientali. Detto altrimenti, su un atto come il regolamento 1049/2001 che non persegue finalità ambientali, bensì ha l'obiettivo di attuare il principio di trasparenza, si innestano disposizioni intese a perseguire un diverso obiettivo.

In questo scenario, la giurisprudenza ha chiarito le diverse finalità dell'accesso alle informazioni secondo la Convenzione di Aarhus e dell'accesso ai documenti secondo il regolamento 1049/2001, che però possono rafforzarsi mutualmente. La Convenzione esclude dalla nozione di autorità pubbliche, a cui si rivolgono le disposizioni sull'accesso alle informazioni, «gli organi o le istituzioni che agiscono nell'esercizio del potere [...] legislativo» (art. 2, punto 2, ultima frase). Di conseguenza, la richiesta di informazioni ambientali connesse ad un procedimento legislativo rivolta ad un'autorità legislativa fuoriesce dall'ambito di applicazione della Convenzione. Al contrario, il regolamento 1049/2001 si ispira alla trasparenza, in particolare alla trasparenza della procedura legislativa, e dunque si applica alle istituzioni che detengono il potere normativo. Quindi, quando ad una istituzione viene chiesto l'accesso a informazioni ambientali collegate ad un procedimento legislativo, si ricade nell'ambito di applicazione del regolamento 1049/2001 e l'accesso deve essere concesso. Dalla giurisprudenza si può trarre spunto per affermare che la natura delle informazioni richieste rafforza l'obbligo di trasparenza del regolamento 1049/2001 e impone una interpretazione restrittiva delle eccezioni alla divulgazione. Nella causa *ClientEarth/Commissione*, decisa dalla Grande Sezione nel 2018¹⁸, la Corte ha annullato la decisione della Commissione che aveva negato l'accesso agli studi di impatto, propedeutici all'elaborazione di proposte normative, a motivo della tutela del processo decisionale e in assenza di un interesse prevalente alla divulgazione. Il Tribunale aveva respinto il ricorso in primo grado, ritenendo che bene la Commissione avesse agito presumendo che gli studi di impatto fossero una categoria di documenti la cui divulgazione potesse pregiudicare il processo decisionale e in particolare l'indipendenza della Commissione nel decidere se elaborare, oppure no, una proposta¹⁹. La Corte, invece, sostiene che gli studi di impatto sono parte del procedimento legislativo e che le richieste di accesso devono essere accolte, in quanto la trasparenza del procedimento legislativo rafforza la democrazia²⁰.

¹⁸ Corte giust. 4 settembre 2018, C-57/16 P, *ClientEarth/Commissione*. Sulla pronuncia si v. D. WYATT, *Is the Commission a «Lawmaker»? On the Right of Initiative, Institutional Transparency and Public Participation in Decision-Making: ClientEarth*, in CMLR, 2019, p. 825 ss.

¹⁹ Tribunale 13 novembre 2015, T-424/14 e T-425/14, *ClientEarth/Commissione*, punto 95.

²⁰ *ClientEarth/Commissione*, sopra citata, punto 91 ss.

6. *Il secondo pilastro della Convenzione di Aarhus: la partecipazione del pubblico*

Il secondo pilastro della Convenzione è composto da tre elementi, posti in ordine digradante, così che gli obblighi per gli Stati e i diritti individuali che partono forti, si indeboliscono progressivamente: la partecipazione del pubblico interessato alle decisioni relative ad attività specifiche (art. 6), la partecipazione del pubblico a piani e programmi (art. 7), nonché alle politiche in materia ambientale (art. 7, ultima frase), la partecipazione del pubblico all'elaborazione di regolamenti di attuazione e/o strumenti normativi giuridicamente vincolanti di applicazione generale (art. 8).

Se l'art. 8 si limita a prescrivere che «ciascuna parte si sforza di promuovere» la partecipazione del pubblico all'elaborazione di strumenti normativi sub-legislativi a portata generale²¹ che «possano avere effetti significativi sull'ambiente»²², e l'ultima frase dell'art. 7 che «nella misura opportuna, ciascuna parte si adopera per consentire al pubblico di partecipare all'elaborazione delle politiche in materia ambientale», più puntuali sono invece le altre disposizioni della Convenzione relative al secondo pilastro.

7. *Analisi critica delle disposizioni dell'Unione che danno attuazione alla partecipazione del pubblico alle decisioni relative ad attività specifiche ai sensi dell'art. 6 della Convenzione*

L'art. 6 riguarda la partecipazione del pubblico interessato al procedimento che porta alle decisioni riguardanti l'autorizzazione di specifiche attività. Le attività rilevanti sono quelle elencate nell'allegato alla Convenzione, cui si aggiungono le altre attività «che possano avere effetti significativi sull'ambiente». Le decisioni devono avere un carattere specifico, essere cioè collegate allo svolgimento di particolari attività, per esempio in quanto abbiano funzione autorizzatoria, in modo da differenziarsi dai piani, programmi e politiche di cui all'art. 7, e dagli strumenti sub-legislativi di portata generale di cui all'art. 8. La tecnica seguita dalla Convenzione per identificare le attività

²¹ Così C. PITEA, *op cit.*, p. 277, sintetizza le locuzioni contenute nell'art. 8.

²² Dato il tenore dell'art. 8, non si darà conto dell'eventuale attuazione dell'Unione. Basti dire che nei rapporti periodici della Commissione essa menziona alcuni atti di diritto derivato che le impongono il coinvolgimento di particolari *stakeholders*, comprese le associazioni ambientaliste, prima dell'adozione di atti delegati.

rilevanti è stata ispirata dal diritto dell'Unione²³. Le modalità di partecipazione sono lasciate alla definizione delle parti contraenti, che devono però predisporre un quadro normativo rispettoso dei principi e degli standard dell'art. 6. La partecipazione può avvenire nel quadro di una valutazione di impatto ambientale, ma anche attività che, in base alla legislazione della parte contraente non richiedono l'espletamento di una valutazione d'impatto possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 6 e richiedere la partecipazione del pubblico²⁴. L'intero procedimento deve ispirarsi ai principi di effettività e tempestività della partecipazione del pubblico, e deve comprendere le quattro fasi che si possono ricavare dall'art. 6²⁵: 1) il pubblico interessato deve essere informato dell'avvio del processo decisionale, della possibilità di partecipare e delle modalità della partecipazione; 2) il pubblico deve poter consultare le informazioni rilevanti per il processo decisionale e deve avere il tempo per preparare le sue osservazioni; 3) il pubblico deve avere la possibilità di presentare le sue osservazioni; 4) l'autorità competente, prima di adottare la decisione, deve prendere in considerazione le osservazioni del pubblico e darne conto.

Nei rapporti periodici alle MOP la Commissione specifica che l'attuazione riguarda i soli Stati membri, perché l'Unione non adotta decisioni che rientrano nell'ambito dell'art. 6 della Convenzione.

La ricostruzione del quadro normativo presenta alcune difficoltà descrittive. Il provvedimento rilevante è costituito dalla direttiva 2003/35, che precede l'entrata in vigore della Convenzione per l'Unione ed è intesa ad assicurare la conformità dell'ordinamento in vista della conclusione della Convenzione. Tale direttiva modifica due direttive allora in vigore: l'art. 3 modifica la direttiva 85/337 concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, e l'articolo 4 modifica la direttiva 96/61 sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento, in modo da inserirvi disposizioni per la partecipazione del pubblico. Gli articoli 3 e 4 della direttiva 2003/35 non hanno altro contenuto che le modifiche alle due direttive. Le suddette direttive sono state entrambe abrogate e sostituite da altre che incorporano le disposizioni della Convenzione di Aarhus. La direttiva 2003/35, per la parte relativa all'attuazione dell'art. 6 della Convenzione di Aarhus, è dunque divenuta priva di oggetto²⁶.

²³ Nella Guida all'applicazione della Convenzione si legge che l'art. 6, par. 1, è stato redatto con riferimento al diritto dell'Unione, in particolare l'art. 2, par. 1, della direttiva 85/337 e i suoi allegati e la direttiva 96/61 (p. 131).

²⁴ V. Guida all'applicazione della Convenzione, p. 122 ss.

²⁵ C. PITEA, *op. cit.*, p. 267 ss.

²⁶ Appare singolare a chi scrive che la Commissione continui a menzionare la direttiva 2003/35 nei rapporti sull'attuazione.

Ad oggi, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali è assicurata con due direttive dall'ampio ambito di applicazione, la direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati (codificazione) e la direttiva 2010/75 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, relativa alle emissioni industriali (prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento) (rifusione)²⁷, nonché da altri provvedimenti che nel disciplinare i poteri degli Stati in relazione a certe attività, dettano specifiche disposizioni per assicurare la partecipazione del pubblico.

L'incorporazione dei principi dell'art. 6 della Convenzione in atti di diritto derivato che non ne costituiscono diretta attuazione, ma anzi perseguono proprie e autonome finalità, può rischiare di far smarrire il collegamento tra le disposizioni convenzionali e il diritto derivato²⁸. Tale rischio può essere aggravato dalla scelta del legislatore dell'Unione di non riprodurre *verbatim* le disposizioni della Convenzione. Come evidenzia il Comitato di controllo, posto che gli Stati tendono a recepire le direttive in quanto atti di diritto dell'Unione e non in quanto attuazione degli obblighi convenzionali, il risultato potrebbe non essere in linea con la Convenzione²⁹.

²⁷ Il Comitato di controllo dell'osservanza della Convenzione ha constatato la non conformità all'art. 6, par. 10, della Convenzione, della direttiva 2010/75, in quanto per alcune ipotesi di riesame delle decisioni di cui alla direttiva stessa non era previsto che si valutasse se il pubblico doveva essere consultato (conclusioni e raccomandazioni, del 30 marzo 2020, comunicazione ACCC/C/2014/121). La direttiva è stata modificata con direttiva 2024/1785. Tra le numerose modifiche apportate, quelle all'art. 24 sono motivate dall'esigenza di conformarsi alle conclusioni del Comitato.

²⁸ Da notare che la versione consolidata degli atti, disponibile su eur-lex, di solito omette il preambolo. Dunque, si perde anche quell'indiretto collegamento con la Convenzione data dalla menzione della stessa nel preambolo.

²⁹ Conclusioni e raccomandazioni, del 2 maggio 2008, comunicazione ACCC/C/2006/17 (Unione europea), par. 49. Il Comitato di controllo analizza l'attuazione dell'art. 6, parr. 2 e 4, nelle direttive 85/337 e 96/61, e conclude che, nonostante le differenze terminologiche, la sostanza corrisponde.

8. *Analisi critica delle disposizioni dell'Unione che danno attuazione alla partecipazione del pubblico a piani e programmi in materia ambientale dell'Unione e degli Stati membri, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione*

L'art. 7 riguarda la partecipazione del pubblico all'elaborazione di piani e programmi. Tali atti, non definiti dalla Convenzione, vanno tenuti distinti sia dalle «decisioni relative ad attività specifiche» di cui all'art. 6, sia dalle politiche in materia ambientale di cui all'ultima frase dell'art. 7, nonché dagli atti vincolanti di applicazione generale di cui all'art. 8. Spetta alle parti contraenti identificarli e alle autorità pubbliche competenti (non alle parti contraenti) individuare il pubblico ammesso alla partecipazione. Le modalità di svolgimento della partecipazione devono essere rispettose dei criteri indicati nell'art. 7 e individuati con riferimento ad alcuni paragrafi dell'art. 6, e devono essere preceduti da un'adeguata comunicazione, in modo che il pubblico possa sapere che un piano o programma è in fase di elaborazione.

L'art. 7 non richiede la predisposizione di un quadro normativo, ma il coinvolgimento del pubblico all'elaborazione dei singoli piani o programmi. Nel darvi attuazione, però, l'Unione ha scelto di predisporre delle regole generali, per quanto non esaustive, per la partecipazione del pubblico.

Nei rapporti periodici sull'attuazione della Convenzione, la Commissione riferisce che il quadro giuridico della partecipazione del pubblico all'elaborazione di piani e programmi dell'Unione è costituito dall'art. 9 del già menzionato regolamento 1367/2006. Il regolamento definisce in termini generali e astratti i piani e programmi all'elaborazione dei quali il pubblico deve poter partecipare, individuandoli sia in termini positivi che negativi. Si tratta di piani e programmi elaborati e eventualmente adottati da un'istituzione o un organo dell'Unione, previsti da atti dell'Unione e che contribuiscono o possono incidere sulla realizzazione degli obiettivi della politica ambientale dell'Unione stabiliti nei programmi d'azione generali in materia ambientale, a partire dal sesto³⁰. Sono invece esclusi i piani e programmi finanziari e di bilancio, i programmi di lavoro interni di istituzioni e organi, i piani e i programmi di emergenza destinati esclusivamente a scopi di protezione civile. Posto che le istituzioni o gli organi devono coinvolgere il

³⁰ Il sesto programma d'azione è stato adottato con decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, per il periodo fino a luglio 2012. Al momento di scrivere è in vigore l'ottavo programma, istituito con decisione (UE) 2022/591 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 aprile 2022, relativo al periodo fino al 2030.

pubblico nella elaborazione di piani e programmi, le modalità della partecipazione sono definite dall'istituzione o dall'organo interessato³¹.

La questione della compatibilità della condotta dell'Unione con l'art. 7 della Convenzione, in relazione ad un piano la cui adozione è stata preceduta dalla consultazione del pubblico ai sensi dell'art. 9 del regolamento, è al centro della comunicazione ACCC/C/2013/96³². Il Comitato di controllo ha accertato una non conformità per non avere la Commissione dato conto in modo completo e analitico di aver preso in considerazione le osservazioni che il pubblico aveva presentato nell'ambito della consultazione³³. Qui il problema non era la corretta attuazione, posto che le disposizioni rilevanti riproducono la lettera della Convenzione, bensì una non corretta applicazione delle norme.

Il quadro normativo per l'attuazione degli obblighi che l'art. 7 pone agli Stati membri si compone di una pluralità di atti. Devono innanzitutto essere menzionate quattro direttive: la direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente³⁴, la direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, la direttiva 2007/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativa alla valutazione e alla gestione dei rischi di alluvioni, e la già menzionata direttiva 2003/35. Quest'ultima direttiva, all'art. 2, stabilisce le linee generali della partecipazione del pubblico ai piani e ai programmi che gli Stati membri sono tenuti a adottare ai sensi di una serie di direttive preesistenti, elencate in allegato alla direttiva stessa. Come si ricava dal considerando n. 10, le direttive preesistenti, infatti, non garantivano una partecipazione del pubblico in linea con l'art. 7 della Convenzione. Inoltre, numerosi altri atti dell'Unione impongono agli Stati di predisporre piani o programmi e di consentire la partecipazione del pubblico.

³¹ Si v. per es. la comunicazione della Commissione, dell'11 dicembre 2002, Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione, COM (2002) 704final.

³² Si trattava dell'elenco dei progetti di interesse comune istituito con atto delegato dalla Commissione, in attuazione del regolamento (UE) n. 347/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2013, sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche transeuropee.

³³ Conclusioni e raccomandazioni, del 4 agosto 2020.

³⁴ La Guida all'applicazione della Convenzione contiene una tabella di confronto tra la direttiva 2001/42 e l'art. 7 della Convenzione (p. 175).

In considerazione dei diversi atti applicabili, le seguenti situazioni possono presentarsi, quando uno Stato membro intende elaborare un piano o un programma in materia ambientale: *a)* se il piano o il programma ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/60 in materia di acque, la partecipazione del pubblico avviene secondo le disposizioni previste da questa direttiva;³⁵ *b)* se il piano o il programma rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2001/42 e lo Stato decide di sottoporlo ad una VAS, la partecipazione del pubblico avviene secondo le disposizioni previste da questa direttiva;³⁵ *c)* se il piano o il programma rientra nell'ambito di applicazione di una delle direttive elencate nell'allegato della direttiva 2003/35, la partecipazione del pubblico sarà disciplinata dall'art. 2 di questa direttiva; *d)* se il piano o il programma è previsto da un atto dell'Unione diverso da quelli elencati all'allegato della direttiva 2003/35, e l'atto in questione prevede regole sulla partecipazione del pubblico, sono queste che gli Stati dovranno seguire.

Può però accadere che l'atto, che prevede l'elaborazione di un piano o programma, non contenga disposizioni sulla partecipazione del pubblico. Al fine di rispettare l'art. 7 della Convenzione di Aarhus, l'atto in questione dovrebbe comunque imporre agli Stati l'obbligo di consultare il pubblico nell'ambito di un processo di partecipazione che risponda agli standard convenzionali. Se così non fosse, l'Unione potrebbe trovarsi in una situazione di mancata conformità con la Convenzione. Invece, qualora nessun atto di diritto dell'Unione imponga allo Stato di elaborare un piano o un programma, la partecipazione del pubblico secondo gli standard dell'art. 7 della Convenzione rimane nella sfera di competenza degli Stati e non rientra in quella dell'Unione. Questo è l'insegnamento che è possibile trarre dalla prassi del Comitato di controllo, in particolare dai casi ACCC/C/2010/54 e ACCC/C/2014/101. Nel primo caso³⁶, un denunciante addebitava all'Unione la violazione dell'art. 7 della Convenzione per il fatto che l'Irlanda (ai tempi non parte contraente della Convenzione) non aveva consentito un'adeguata partecipazione del pubblico all'elaborazione del piano d'azione, di cui alla direttiva 2009/28, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (non più in vigore al momento di scrivere). Tale direttiva prevede che gli Stati

³⁵ Qualora un piano o un programma in materia di acque rientri nell'ambito sia della direttiva 2000/60, sia della direttiva 2001/42, lo Stato può condurre un'unica procedura di valutazione che soddisfi i requisiti di entrambe, oppure condurre procedure coordinate, per evitare duplicazioni: v. punto 19 del preambolo.

³⁶ Conclusioni e raccomandazioni, del 29 giugno 2012.

adottino piani d'azione nazionali sulle energie rinnovabili, ma nulla dispone circa la partecipazione del pubblico, salvo un generico riferimento nel preambolo alla Convenzione di Aarhus (punto 90: gli Stati nel dare attuazione alla direttiva «dovrebbe tener conto, se del caso,» della Convenzione). In conformità a quanto previsto dalla direttiva, la Commissione aveva poi adottato un modello che gli Stati erano tenuti a seguire nel redigere i piani d'azione (decisione 2009/548). Nel modello, al punto 5.4, lett. c) si legge che gli Stati devono «fornire informazioni sulla consultazione pubblica avvenuta in vista della preparazione del piano d'azione». Il Comitato di controllo considera la direttiva e la decisione come attuazione della Convenzione, ma la giudica non adeguata perché non indirizza gli Stati al rispetto degli standard dell'art. 7³⁷.

Il secondo caso³⁸, invece, riguarda una comunicazione relativa all'Unione per violazione dell'art. 7, per il fatto che il Regno Unito (ai tempi ancora membro dell'Unione) non aveva assoggettato a VAS un piano da esso elaborato. Qui il Comitato di controllo esclude una situazione di non conformità, dal momento che il piano in questione non era previsto da un atto dell'Unione.

9. *Il terzo pilastro della Convenzione di Aarhus: l'accesso alla giustizia*

L'art. 9 della Convenzione costituisce il pilastro «Accesso alla giustizia», a sua volta composto di tre elementi, collegati da principi comuni. La disposizione impone alle parti contraenti di 1) prevedere uno specifico rimedio per tutelare l'art. 4 della Convenzione, in modo che chi ha chiesto informazioni e la cui domanda è stata respinta, trattata in modo inadeguato oppure in modo non conforme ai requisiti previsti dalla Convenzione, possa rivolgersi ad un'autorità indipendente e imparziale, oppure possa avere accesso ad una procedura di riesame e ad un giudice; 2) prevedere uno specifico rimedio affinché i membri del pubblico interessato che soddisfano partico-

³⁷ Par. 80. Il Comitato di controllo in realtà non valuta l'attuazione in astratto, ma il caso concreto, nel quale l'Irlanda aveva previsto termini troppo brevi per la consultazione, così da porsi in contrasto con il requisito di cui all'art. 6, par. 3, della Convenzione, reso applicabile ai piani dall'art. 7. Nel Rapporto 2021, la Commissione riferisce dell'adozione del regolamento 2018/1999, il cui art. 10 impone agli Stati di procedere alla consultazione del pubblico, dando così seguito alla decisione relativa alla comunicazione ACCC/C/2010/54.

³⁸ Conclusioni e raccomandazioni, del 18 giugno 2017, comunicazione ACCC/C/2014/101.

lari requisiti possano rivolgersi ad un'autorità indipendente o a un giudice «per contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni soggetti alle disposizioni dell'articolo 6»; 3) offrire ai «membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale»³⁹ la possibilità di proporre ricorsi di natura amministrativa o giurisdizionale contro atti o omissioni «dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale». I suddetti rimedi devono soddisfare gli standard previsti dal par. 4.

10. *Analisi critica delle disposizioni dell'Unione che realizzano una parziale attuazione degli obblighi per gli Stati membri di garantire l'accesso alla giustizia*

Il quadro normativo per l'attuazione degli obblighi che gli Stati membri ricavano dall'art. 9 della Convenzione è frammentato e incompleto⁴⁰.

Per i primi due paragrafi dell'art. 9 della Convenzione l'attuazione è simmetrica: i provvedimenti di attuazione degli art. 4 e 6 della Convenzione contengono disposizioni specifiche sull'accesso al giudice. In particolare, l'art. 9, par. 1, della Convenzione è stato attuato con l'art. 6 della direttiva 2003/4 sull'accesso alle informazioni, benché anche altri atti di diritto derivato che prevedono disposizioni specifiche sull'accesso alle informazioni ambientali contengano disposizioni sull'accesso al giudice. L'art. 6 in esame per un verso amplia la lettera della Convenzione, in quanto prevede che gli Stati istituiscano un meccanismo di riesame presso la medesima autorità o presso un organo indipendente e imparziale, in aggiunta alla possibilità di presentare ricorso ad un giudice o ad un organo indipendente e imparziale. I presupposti sono i medesimi della Convenzione, con minime varianti terminologiche, che non ne compromettono la sostanziale equivalenza. Per altro verso, la disposizione non riproduce le garanzie del par. 4 dell'art. 9 della Convenzione, ma solo le garanzie del par. 1, terza frase.

³⁹ Il Comitato di controllo ha precisato che, sebbene gli Stati godano di discrezionalità nell'individuare i membri del pubblico e non siano affatto tenuti a permettere a chiunque di rivolgersi al giudice, devono astenersi dallo stabilire requisiti impossibili da soddisfare (comunicazione ACCC/C/2005/11, cit., par. 35).

⁴⁰ M. HEDEMANN-ROBINSON, *EU Implementation of the Aarhus Convention's Third Pillar: Back to the Future over Access to Environmental Justice?*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2014, p. 151 ss.

Il secondo e il quarto par. dell'art. 9 sono attuati⁴¹ principalmente dagli art. 11 della direttiva 2011/92 e art. 25 della direttiva 2010/75. I due articoli erano inizialmente redatti in forma pressoché identica, a testimonianza della comune origine nella direttiva 2003/35, di cui sono prova le pronunce in cui la Corte li interpreta insieme, perché contengono i medesimi concetti⁴². I due articoli riprendevano quasi alla lettera i tre capoversi del par. 2 dell'art. 9, con un'aggiunta («Gli Stati membri stabiliscono in quale fase possono essere contestati le decisioni, gli atti o le omissioni») che non sembra snaturare la portata. Le garanzie del par. 4 dell'art. 9 della Convenzione sono invece condensate in una formula molto sintetica («Una siffatta procedura è giusta, equa, tempestiva e non eccessivamente onerosa»), che ne riprende solo in parte il contenuto. La simmetria si è rotta allorché l'art. 25 della direttiva 2010/75 è stato modificato dalla direttiva 2024/1785. La ragione della specifica modifica è indicata nel punto 38 del preambolo, e consiste nella necessità di tener conto di due pronunce della Corte di giustizia, l'una che vieta agli Stati di limitare la legittimazione ad agire ai soli membri del pubblico interessato che hanno preso parte al processo decisionale⁴³, l'altra relativa alle garanzie della procedura di ricorso⁴⁴, che ora è stabilito debba prevedere «rimedi adeguati ed effettivi, compresi, se del caso, provvedimenti ingiuntivi». Le modifiche sono opportune e allineano la direttiva alla Convenzione di Aarhus⁴⁵. Tuttavia, avrebbero dovuto essere inserite anche nella direttiva VIA.

Il terzo par. dell'art. 9 della Convenzione, invece, non è stato attuato attraverso atti a portata generale⁴⁶. Giunta la questione alla sua attenzione,

⁴¹ Anche per l'attuazione dell'art. 9, par. 2, vale quanto scritto per l'attuazione dell'art. 6 della Convenzione. Le disposizioni di attuazione in senso stretto sono contenute nella direttiva 2003/35 che modifica le direttive 85/337 (VIA) e 96/61. Le due direttive sono state abrogate e sostituite da altre direttive che riproducono le disposizioni di attuazione della Convenzione di Aarhus, pur «occultando» il legame tra le disposizioni delle nuove direttive e la Convenzione.

⁴² Si v. Corte giust. 11 aprile 2013, C-260/11, *Edwards*, in relazione al concetto di «eccessiva onerosità».

⁴³ Si v. Corte giust. 14 gennaio 2021, C-826/18, *LB*, punti 58 e 59. Nelle conclusioni e raccomandazioni relative alla comunicazione ACCC/C/2012/76 (Bulgaria), il Comitato di controllo già affermava che l'aver preso parte ad una procedura *ex art.* 6 non è preconditione per presentare un ricorso *ex art.* 9, par. 2 della Convenzione.

⁴⁴ Corte giust. 15 gennaio 2013, C-416/10, *Križan e a.*

⁴⁵ L'art. 9, par. 4, menziona i provvedimenti ingiuntivi come rimedio che le parti contraenti dovrebbero concedere.

⁴⁶ La Commissione aveva formulato una proposta (COM/2003/624), mai approvata e

il Comitato di controllo non ravvisò la sussistenza di una non conformità. Infatti, in considerazione della particolare situazione dell'Unione e della dichiarazione formulata al momento della firma e riproposta al momento della conclusione della Convenzione⁴⁷, secondo la quale l'Unione assume gli obblighi dell'art. 9 nelle materie in cui ha adottato degli atti di diritto derivato, ritenne che l'Unione non fosse tenuta a adottare dei provvedimenti di carattere generale per attuare gli obblighi dell'art. 9 per gli Stati⁴⁸. Questi ultimi mantengono un obbligo di attuazione che discende direttamente dall'art. 9, senza il tramite del diritto dell'Unione. Un obbligo di attuazione per l'Unione sussiste invece quando adotta degli atti in materia ambientale, che adempie attraverso la previsione di un articolo sull'accesso alla giustizia.

11. *Analisi critica delle disposizioni dell'Unione che realizzano una parziale attuazione degli obblighi per l'Unione di garantire l'accesso alla giustizia*

Gli obblighi che l'art. 9, par. 1, della Convenzione pone a carico della UE sono attuati attraverso il regolamento 1049/2001, reso applicabile alle richieste di informazioni ambientali dall'art. 3 del regolamento 1367/2006. Il regolamento 1049/2001 prevede che il richiedente, in caso di rifiuto totale o parziale dell'accesso, o in caso di assenza di risposta, possa presentare alla medesima istituzione o organo a cui ha indirizzato la richiesta una domanda di conferma. In caso di rifiuto totale o parziale oppure in assenza di risposta, il richiedente può presentare un ricorso al Tribunale o una denuncia al Mediatore. Rispetto alla Convenzione, l'attuazione non appare completa. Infatti, la domanda di conferma equivale al riesame previsto dalla Convenzione, che però richiede un rimedio non limitato ai casi di rifiuto o silenzio; manca inoltre ogni menzione alle garanzie di cui al par. 4 dell'art. 9 della Convenzione.

L'art. 9, par. 2, della Convenzione non è attuato per l'Unione, in quanto essa non ha competenza ad autorizzare attività che rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 6.

alla fine ritirata. In seguito, essa ha adottato alcuni atti di indirizzo: comunicazione sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, C/2017/2616; Migliorare l'accesso alla giustizia in materia ambientale nell'UE e nei suoi Stati membri, COM/2020/643.

⁴⁷ La dichiarazione è allegata alla decisione di conclusione della Convenzione (citata alla nota 1).

⁴⁸ Conclusioni e raccomandazioni, del 24 maggio 2017, comunicazione ACC-C/C/2014/123.

L'attuazione dell'art. 9, par. 3, della Convenzione è problematica ed è stata oggetto di comunicazioni individuali al Comitato di controllo, che in alcuni casi ha constatato la non conformità dell'ordinamento dell'Unione alla Convenzione. Il problema che l'attuazione solleva attiene all'impugnazione degli atti o delle omissioni dell'Unione, nei ricorsi presentati dalle persone fisiche o giuridiche, in quanto la Corte di giustizia ritiene che le condizioni di ricevibilità di cui all'art. 263, par. 4, TFUE, non possano che essere quelle della sua giurisprudenza consolidata, applicando la quale i ricorsi del pubblico e delle ONG ambientali raramente sono ammissibili. È interessante notare che la Corte giustifica il rifiuto di mutare giurisprudenza con l'art. 47 Carta. Essa afferma, infatti, che il sistema dei rimedi giurisdizionali dell'Unione, che comprende sia i ricorsi diretti al giudice dell'Unione, sia i rimedi esperibili di fronte ai giudici nazionali, che possono ricorrere alla Corte in via pregiudiziale, è un sistema completo⁴⁹. Il Comitato di controllo non è invece persuaso dagli argomenti dell'Unione e ha ritenuto che il sistema di rimedi previsto dal Trattato ponga l'Unione in una situazione di non conformità alla Convenzione⁵⁰.

A fianco di questo canale ordinario per la contestazione degli atti o delle omissioni, il legislatore dell'Unione ha previsto un'ulteriore via, come espressa attuazione dell'art. 9, par. 3, della Convenzione⁵¹. L'art. 10 del regolamento 1367/2006, come modificato dal regolamento 2021/1767⁵², prevede che le ONG e il pubblico che rispondono ai criteri stabiliti dall'art. 11⁵³,

⁴⁹ Corte giust. 1° aprile 2004, C-263/02 P, *Commissione/Jégo-Quéré*, punto 30; 3 ottobre 2013, C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami/Parlamento e Consiglio*, punto 92.

⁵⁰ Conclusioni e raccomandazioni, del 17 marzo 2017, comunicazione ACCC/C/2008/32 (parte II). Sulla vicenda, con un'analisi della situazione fino alla bozza di conclusioni del Comitato, si v. H. SCHOUKENS, *Articles 9(3) and 9(4) of the Aarhus Convention and Access to Justice before EU Courts in Environmental Cases: Balancing On and Over the Edge of Non-Compliance*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2016, p. 178 ss.

⁵¹ La Corte di giustizia ha esplicitamente affermato che il regolamento 1367/2006 «è inteso ad attuare, per quanto riguarda le istituzioni dell'Unione, le disposizioni dell'articolo 9, paragrafo 3, della Convenzione di Aarhus»: Corte giust. 6 luglio 2023, C-212/21 P e C-223/21 P, *BEI/ClientEarth*, punto 67.

⁵² Per un'analisi del contesto in cui il nuovo regolamento è maturato, con particolare attenzione al ruolo delle diverse istituzioni nel corso della procedura legislativa, si v. M. HEDEMANN-ROBINSON, *Access to Environmental Justice and European Union Institutional Compliance With the Aarhus Convention: A Rather Longer and More Winding Road than Anticipated*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2022, p. 175 ss.

⁵³ Disposizioni dettagliate circa il contenuto della richiesta di riesame e la valutazione dei criteri di legittimità del richiedente sono stabilite con decisione 2023/748 della Commissione.

possono presentare una richiesta di riesame affinché l'istituzione o l'organo riconsideri un atto amministrativo o un'omissione che il richiedente ritiene violi il diritto ambientale. Gli atti amministrativi di cui può essere chiesto il riesame sono definiti all'art. 2, par. 1, lett. g) come «qualsiasi atto non legislativo adottato da un'istituzione o da un organo dell'Unione, avente effetti giuridici ed esterni», mentre le omissioni sono «la mancata adozione da parte di un'istituzione o di un organo dell'Unione di un atto non legislativo avente effetti giuridici ed esterni» (art. 2, par. 1, lett. h)⁵⁴. Il riesame può essere richiesto se l'atto contiene «disposizioni che potrebbero configurare una violazione del diritto ambientale»⁵⁵.

In cosa consista e come debba essere condotto il riesame, non è stabilito. Ciò non di meno, le istituzioni e gli organi dell'Unione hanno l'obbligo di rispondere alla richiesta ed effettuare il riesame. Alla luce degli argomenti addotti dal richiedente, il riesame può concludersi con la conferma dell'atto, con la sua modifica oppure con la sua revoca. La relativa decisione è impugnabile, ma il controllo del giudice è limitato al modo in cui l'istituzione o l'organo ha condotto il riesame e ha valutato gli argomenti del richiedente, e non si estende alla legalità dell'atto o dell'omissione oggetto della richiesta di riesame⁵⁶. Il controllo sulla legalità dell'atto o dell'omissione va

⁵⁴ La definizione di atto amministrativo è stata modificata dal regolamento del 2021. In precedenza, solo gli atti amministrativi di portata individuale potevano essere oggetto di una richiesta di riesame. La questione della mancata conformità con la Convenzione era stata sollevata di fronte al Tribunale, che in un primo momento aveva ritenuto invalido l'art. 10 del regolamento, perché non conforme alla Convenzione (Tribunale 14 giugno 2012, T-338/08, *Stichting Natuur en Milieu*, e T-396/09, *Vereniging Milieudefensie*). In seguito all'annullamento della sentenza operato dalla Corte di giustizia (13 gennaio 2015, da C-401/12 P a C-403/12 P, e C-404/12 P e C-405/12 P), sulla base dell'assenza di precisione e incondizionatezza dell'art. 9, par. 3, della Convenzione che impedisce alla disposizione di fungere da parametro di validità del diritto derivato, e all'impossibilità di una interpretazione conforme, posta la chiara lettera della definizione di atto amministrativo, il Tribunale ha sistematicamente rigettato analoghe azioni di annullamento. La mancata conformità con la Convenzione è stata constatata dal Comitato di controllo.

⁵⁵ Nella versione originaria del regolamento 1367/2006, invece, si trattava di ogni atto «adottato nell'ambito del diritto ambientale» (art. 2, par. 1, lett. g), locuzione che ha dato origine ad una interpretazione che il Comitato di controllo non ha valutato positivamente. Con la modifica del 2021 la formulazione è ora molto più vicina al linguaggio della Convenzione, nel cui art. 9, par. 3, gli atti sono identificati come «compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale».

⁵⁶ Sull'estensione del controllo che può essere esercitato dal giudice dell'Unione, si v. la ricostruzione della giurisprudenza pertinente che ne fa il Tribunale 18 ottobre 2023, T-605/21, *TestBioTech/Commissione* (solo in inglese e francese, non impugnata), punti 14-22.

condotto nell'ambito dell'azione per annullamento o per carenza ed è soggetto alle condizioni di ricevibilità previste dal Trattato, come interpretate dalla Corte di giustizia.

La dottrina non ha mancato di sottolineare i profili di perdurante contrarietà con la Convenzione di Aarhus. In particolare, criticabile è la definizione di pubblico, legittimato a presentare una richiesta di riesame, che rimane molto restrittiva, e la definizione di «atto amministrativo», che non comprende gli atti non vincolanti; l'oggetto del controllo giurisdizionale della decisione sulla richiesta di riesame è molto più limitato di quanto l'art. 9, par. 4, della Convenzione richiede⁵⁷. Anche il Comitato di controllo ha accertato una non conformità nel fatto che il regolamento 1367/2006 esclude dall'ambito di applicazione del riesame alcuni atti, identificati in base alla disposizione del Trattato che ne costituisce base giuridica (art. 2, par. 2) e tra essi quelli in materia di concorrenza⁵⁸. Gli atti relativi agli aiuti di Stato sono sottratti al riesame, anche se potrebbero soddisfare la definizione di atti amministrativi. La Commissione sta valutando come dare seguito alle raccomandazioni del Comitato⁵⁹.

Rimane non attuato il par. 4 dell'art. 9 della Convenzione, e le garanzie procedurali sono assicurate dai principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione⁶⁰.

⁵⁷ L. DE LUCIA, *Il regolamento UE n. 1767/2021 e l'atteggiamento difensivo del legislatore europeo. La difficile applicazione alle istituzioni e agli organismi europei della Convenzione di Aarhus*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2023, p. 489 ss.; A. KRETEL, *Aarhus Regulation Administrative (self-) Review Mechanism: The Inevitable Failure to Contribute to Access to Justice in the EU?*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2023, p. 136 ss.

⁵⁸ Conclusioni e raccomandazioni, del 17 marzo 2021, comunicazione ACC-C/C/2015/128.

⁵⁹ Comunicazione sulle conclusioni adottate dal Comitato di controllo dell'osservanza della convenzione di Aarhus relative al caso ACCC/C/2015/128 per quanto riguarda gli aiuti di Stato: analisi delle implicazioni delle conclusioni e valutazione delle opzioni disponibili, del 17 maggio 2023, COM/2023/307. La questione della incompatibilità con la Convenzione dell'esclusione degli aiuti di Stato dall'applicazione del riesame era già stata prospettata da V. RODENHOFF, *The Aarhus Convention and its Implications for the 'Institutions' of the Union*, in *Review of European Community & International Environmental Law*, 2002, p. 352 ss.

⁶⁰ Sul punto, si v. F. FERRARO, D. P. DOMENICUCCI, A. CIRCOLO, *I principi di base del diritto processuale dell'Unione*, in R. MASTROIANNI (a cura di), *Il diritto processuale dell'Unione europea*, Torino, 2025, p. 93 ss.

12. *Parte II: la Convenzione di Aarhus nella giurisprudenza dei giudici dell'Unione*

La Convenzione di Aarhus compare in un centinaio di sentenze dei giudici dell'Unione. Le pronunce posso essere suddivise in due gruppi: quelle che riguardano primariamente gli atti di attuazione dell'Unione e quelle che riguardano situazioni suscettibili di rientrare nel campo di applicazione della Convenzione, non comprese in atti di attuazione. Il primo gruppo sarà analizzato con una certa attenzione, dopo aver brevemente accennato al secondo.

13. *La mancanza di effetti diretti della Convenzione di Aarhus secondo la Corte di giustizia*

La prima parte del presente lavoro ha mostrato che alcune disposizioni della Convenzione di Aarhus, e segnatamente l'art. 9, par. 3, non sono state attuate con atti di diritto derivato, né per l'Unione, né per gli Stati membri. La Convenzione è comunque invocata di fronte ai giudici dell'Unione dalle parti, al fine di ricavare da essa un diritto azionabile o quanto meno di orientare in senso a loro favorevole l'interpretazione di una disposizione nazionale o dell'Unione, che non costituisce attuazione della Convenzione. In generale, si può affermare che la Corte, seguita dal Tribunale, ha sistematicamente negato che le disposizioni della Convenzione invocate avessero effetto diretto, ossia potessero essere fonte di diritti per i privati. Fondandosi sulla giurisprudenza consolidata, la Corte afferma che un accordo internazionale, vincolante per l'Unione e in vigore sul piano internazionale, può produrre effetti diretti se la natura e la struttura dell'accordo non lo escludono e se la disposizione invocata è precisa e incondizionata⁶¹. È innegabile che la Convenzione di Aarhus soddisfa il primo criterio (accordo vincolante e in vigore); è ragionevole affermare, pur in assenza di espressa presa di posizione della Corte sul punto, che essa soddisfi la seconda condizione (sarebbe assai difficile sostenere che la Convenzione di Aarhus, che pone una disciplina molto dettagliata con il preciso obiettivo di conferire diritti ai singoli, osti, per natura o struttura, a che le sue disposizioni abbiano efficacia diretta); è necessario constatare che la Corte esclude che le disposizioni invocate

⁶¹ In generale si v., S. POLI, *La diretta invocabilità degli accordi internazionali*, in M. E. BARTOLONI, S. POLI (a cura di), *L'azione esterna nell'Unione europea*, Napoli, 2021, p. 79 ss.

siano precise ed incondizionate e dunque ne conclude che sono inidonee a conferire diritti ai singoli invocabili in giudizio⁶². Essa però ammette che il giudice (nazionale o dell'Unione) debba nel limite del possibile interpretare le disposizioni (nazionali o dell'Unione) applicabili al caso di specie in conformità alla Convenzione. A fronte di questo quadro, l'applicazione della suddetta giurisprudenza varia grandemente a seconda che venga in rilievo il diritto dell'Unione o il diritto nazionale.

Quando la Convenzione di Aarhus è invocata per ampliare le condizioni di ricevibilità dei ricorsi *ex art. 263 TFUE*, i giudici dell'Unione non solo negano che dalla Convenzione possa ricavarsi un diritto di accesso al giudice, ma escludono pure di poter interpretare le condizioni di ricevibilità dei ricorsi in modo conforme alla Convenzione, invocando il limite dell'interpretazione *contra legem*, in quanto la Convenzione è subordinata al diritto primario⁶³.

Quando invece la Convenzione è invocata per ottenere l'accesso al giudice nazionale⁶⁴, l'esito è spesso diverso, in quanto l'art. 9 è collegato ai

⁶² La Corte ritiene che l'art. 9, par. 3, della Convenzione non sia incondizionato, in quanto rinvia al diritto nazionale (o dell'Unione) per la definizione delle condizioni alle quali il diritto di accesso al giudice è subordinato. Si v., da ultimo, Corte giust. 11 gennaio 2024, C-252/22, *AD & CD*, punto 66.

⁶³ L'art. 9 della Convenzione è stato invocato, sempre invano, per contestare le condizioni di ricevibilità dei ricorsi di annullamento (la c.d. la formula *Plaumann*, che la Corte considera implicitamente come l'unica possibile interpretazione del diritto primario) e ottenere il diritto di impugnare atti che allo stato attuale della giurisprudenza risultano difficilmente contestabili dai singoli (come gli atti legislativi: cfr., da ultimo, Corte giust. ord. 15 settembre 2022, C-749/21 P, *CNMSE/Parlamento e Consiglio*, punto 24; oppure gli atti a portata generale: cfr. da ultimo, Tribunale ord. 2 ottobre 2024, T-114/24, *Masset/Commissione*), oppure per estendere la legittimazione alle ONG ambientali (cfr., da ultimo, *CNMSE/Parlamento e Consiglio*, sopra citata).

⁶⁴ La Corte è competente ad interpretare la Convenzione se la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, condizione soddisfatta se la questione di fronte al giudice nazionale riguarda l'applicazione di norme nazionali che recepiscono atti delle istituzioni «di diritto dell'ambiente», cioè, quale ne sia la base giuridica, che concorrono alla realizzazione degli obiettivi previsti dal Trattato in materia ambientale. Per es., si v. Corte giust. 8 novembre 2022, C-873/19, *Deutsche Umwelthilfe*: il caso riguardava il *dieselgate* e la decisione della Germania di omologare le vetture diesel nonostante la presenza di un software che di fatto impediva il ricircolo dei gas inquinanti che sarebbe necessario in base al regolamento 715/07, che aveva per base giuridica l'art. 95 TCE (ora art. 114 TFUE). La Corte afferma che non è la base giuridica a determinare l'appartenenza al diritto ambientale di un atto, ma la finalità perseguita. La questione dell'idoneità dell'art. 9, par. 3, della Convenzione ad attribuire un diritto di accesso al giudice nazionale nei casi che non rientrano nella definizione suddetta rimane di competenza dei giudici nazionali.

principi che regolano l'autonomia processuale degli Stati e/o inteso come espressione del diritto ad un ricorso effettivo di cui all'art. 47 della Carta, che è dotato di effetto diretto: il diritto ad un ricorso effettivo comprende l'accesso al giudice in materia ambientale e l'art. 9, par. 3, della Convenzione, che pure lascia al legislatore un margine di discrezionalità, non può essere usato per limitare l'esercizio dell'art. 47 della Carta⁶⁵. Il richiamo alla Convenzione appare pleonastico, dal momento che la differenza la fa il diritto fondamentale codificato nella Carta. Questo ragionamento non sembra trasponibile all'ipotesi in cui l'art. 9 della Convenzione è invocato per fondare un diritto di ricorso di fronte al giudice dell'Unione⁶⁶, poiché la Corte di giustizia considera l'attuale sistema dei ricorsi, costituito dai ricorsi diretti e dal rinvio pregiudiziale, come già rispettoso dell'art. 47 della Carta.

14. *Le pronunce che applicano o interpretano i provvedimenti di attuazione*

Più significative per il presente studio sono le pronunce in cui il giudice dell'Unione interpreta o applica le disposizioni adottate per attuare la Convenzione. Una ulteriore divisione si può operare: *a)* la disposizione dell'Unione riproduce alla lettera o con minime varianti la disposizione corrispondente della Convenzione; *b)* la disposizione dell'Unione si allontana dalla lettera della Convenzione, perché presenta varianti significative; *c)* il giudice si deve pronunciare su una questione che non è regolata né nel provvedimento di attuazione, né nella Convenzione.

- a)* Laddove la disposizione dell'Unione riproduce alla lettera o con minime varianti la disposizione corrispondente della Convenzione, il giudice dell'Unione di regola interpreta le due disposizioni insieme, come se si trattasse di un'endiadi, in cui alla formulazione equivalente corrisponde

⁶⁵ La lettura congiunta delle due disposizioni appare in Corte giust. 20 dicembre 2017, C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, punto 45, ed è ribadita in *Deutsche Umwelthilfe*, C-873/19, sopra citata punto 66. In dottrina, si v. B. IWAŃSKA, M. BARAN, *Access of an Environmental Organisation to Court in Light of the EU Standard Set by the Principle of Effective Legal (Judicial) Protection*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2019, p. 47 ss.

⁶⁶ L'invocazione congiunta degli art. 9 della Convenzione e 47 della Carta per giustificare l'impugnazione di un atto legislativo dell'Unione è stata tentata, ma agevolmente respinta dai giudici dell'Unione, perché dall'art. 47 non discende il diritto dei privati ad impugnare gli atti legislativi: Tribunale ord. 6 maggio 2020, T-141/19, *Sabo/Parlamento e Consiglio*, confermata da Corte giust. ord. 14 gennaio 2021, C-297/20 P.

un significato equivalente⁶⁷. Se la nozione contenuta nelle due disposizioni identiche non è definita, la Corte ne elabora una nozione autonoma, cioè una definizione che non dipende dal diritto nazionale, ma è propria dell'ordinamento dell'Unione, così da assicurare l'uniformità dell'applicazione negli Stati membri⁶⁸.

- b) Laddove l'atto di attuazione si discosta dalla lettera della Convenzione, può sorgere il problema della compatibilità tra le due fonti. Il problema non si presenta sempre e, anzi, nella giurisprudenza si rinvencono casi in cui l'atto di attuazione amplia l'ambito di applicazione della Convenzione, senza contraddirne la finalità⁶⁹.

Talvolta, però, la differenza nella formulazione delle disposizioni dell'Unione e della Convenzione può tradursi in una cattiva attuazione, cioè un'attuazione in contrasto con la lettera o con la finalità della Convenzione. In termini generali, la Corte di giustizia riconosce che un atto di diritto derivato è subordinato ad un accordo internazionale concluso dall'Unione, in forza

⁶⁷ A titolo di esempio si consideri Corte giust. 18 ottobre 2011, da C-128/09 a C-131/09, C-134/09 e C-135/09, *Boxus*, in cui l'art. 9, par. 2 della Convenzione e l'art. 10 *bis* direttiva 85/337 sono considerati insieme, dandone per scontata la intercambiabilità. Si v. anche *AD & CD*, sopra citata in cui interpreta diverse disposizioni della direttiva 2003/4 che riproducono disposizioni della Convenzione.

⁶⁸ La Corte ha elaborato numerose nozioni autonome. A titolo di esempio, per la nozione di «informazioni riguardanti le emissioni nell'ambiente» si v. Corte giust. 23 novembre 2016, C-673/13 P, *Commissione/American Chemistry Council*, con riferimento al regolamento 1367/2006; 23 novembre 2016, C-442/14, *Bayer CropScience*, con riferimento alla direttiva 2003/4; Tribunale 7 marzo 2019, T-716/14, *Tweddale/EFSA*, con riferimento al regolamento 1367/2006, che deve essere interpretato come la direttiva 2003/4, punto 100.

⁶⁹ Per esempio, ai sensi dell'art. 2, par. 2, seconda frase della Convenzione, la nozione di «autorità pubblica» non comprende gli organi che agiscono nella funzione legislativa. L'art. 2, par. 2, seconda frase della direttiva 2003/4 invece consente agli Stati di escludere gli organi che agiscono nella funzione legislativa. Potenzialmente, dunque, se uno Stato non esercita questa facoltà, gli organi legislativi sono compresi nella definizione. La disposizione della direttiva è stata oggetto di interpretazione in Corte giust. 14 febbraio 2012, C-204/09, *Flachglas Torgau*, per decidere se un ministero che, in forza del diritto nazionale, partecipa al procedimento legislativo, possa rientrare nella definizione. La Corte arriva alla risposta positiva, affermando la necessità di una definizione autonoma dei concetti per assicurare un'applicazione uniforme delle norme, che va condotta in considerazione della finalità della direttiva (garantire l'accesso e la messa a disposizione delle informazioni ambientali), e del sistema della direttiva e della Convenzione di Aarhus (le autorità pubbliche detengono le informazioni ambientali nell'esercizio delle loro funzioni, diverse dalla funzione legislativa, e la funzione legislativa va protetta). La Corte propone così un'interpretazione funzionale della nozione, che include qualunque organo che in concreto partecipa alla funzione legislativa, anche se non è qualificabile come organo legislativo.

dell'art. 216 TFUE, e si riconosce competente a sindacarne la legittimità, sia in un'azione per annullamento, sia in via pregiudiziale. In concreto, però, l'atto di diritto derivato è illegittimo solo se l'accordo internazionale non esclude, per la sua natura o per la sua struttura, l'ammissibilità di un controllo di legalità, e se la disposizione dell'accordo asseritamente violata è incondizionata e sufficientemente precisa. Si tratta di una giurisprudenza consolidata, che, applicata al caso che interessa, comporta che finora la Corte di giustizia non ha sindacato la legittimità degli atti di attuazione della Convenzione, in quanto ha ritenuto che le disposizioni convenzionali invocate non fossero idonee a fungere da parametro, perché prive della precisione e dell'incondizionatezza, necessarie per creare un obbligo preciso per il legislatore dell'Unione⁷⁰.

Benché in sostanza nessuna delle disposizioni della Convenzione invocata da una delle parti abbia mai potuto costituire parametro di legittimità, la Corte ha anche detto che se in primo grado il Tribunale non esamina la compatibilità del diritto derivato con la Convenzione, quando la ricorrente aveva espressamente chiesto di farlo, commette un errore di diritto che è motivo di impugnazione della sentenza⁷¹.

- c) Laddove si deve pronunciare su una questione che non è regolata né nel provvedimento di attuazione, né nella Convenzione, il giudice dell'Unione tende ad affrontarla in base al sistema proprio dell'ordinamento dell'Unione e si riferisce alla Convenzione solo per confermare una interpretazione o respingerne un'altra⁷².

⁷⁰ È stata invocata la illegittimità delle seguenti disposizioni: – art. 10 del regolamento 1367/2006, per contrarietà all'art. 9, par. 3, della Convenzione: *Stichting Natuur en Milieu*, sopra citata (che annulla le sentenze con le quali il Tribunale aveva invece dichiarato l'illegittimità); Tribunale 15 dicembre 2021, T-569/20, *Stichting Comité 65 Ondergronds Helvoirt/Commissione* (non impugnata); – art. 4, par. 2, terzo trattino, del regolamento 1049/2001 per contrarietà all'art. 4, paragrafi 1 e 4, della Convenzione (Corte giust. 16 luglio 2015, C-612/13 P, *ClientEarth*, che conferma il ragionamento del Tribunale sul punto, anche se annulla la sentenza per altri motivi e accoglie il ricorso); – direttiva IVA, per contrarietà all'art. 9, paragrafi 4 e 5, della Convenzione, in quanto – a detta del ricorrente nella causa principale – la fine dell'esonero da IVA delle prestazioni degli avvocati violerebbe il diritto di accesso alla giustizia senza oneri eccessivi di cui alla Convenzione: Corte giust. 28 luglio 2016, C-543/14, *Ordre des barreaux francophones et germanofone*; – art. 6, par. 1, prima e seconda frase del reg. 1367/2006, per contrarietà all'art. 4, par. 4, paragrafi 1, lett. c) e 2 della Convenzione (Tribunale 4 ottobre 2018, T-128/14, *Daimler AG/Commissione*)

⁷¹ Corte giust. 13 luglio 2017, C-60/15 P, *Saint-Gobain/Commissione*, punto 58.

⁷² Si v., per esempio, Corte giust. 20 gennaio 2021, C-619/19, *Land Baden-Württemberg*: la Corte deve dire se l'applicabilità delle eccezioni alla divulgazione delle informazioni su richiesta sia limitata nel tempo oppure no (cioè, in sostanza se, trascorso un certo lasso

15. *Considerazioni conclusive: un bilancio della qualità dell'attuazione della Convenzione di Aarhus nell'Unione europea*

La ricostruzione del quadro normativo e della giurisprudenza operata nelle pagine che precedono consente di presentare alcune considerazioni di sintesi.

Innanzitutto, il quadro normativo è articolato e frammentato. Gli atti che definiscono le condizioni dell'attuazione degli obblighi per gli Stati sono costituiti in misura prevalente da direttive, mentre è con regolamenti che l'Unione delinea il quadro normativo per l'attuazione degli obblighi delle istituzioni. Non sempre l'*occasio legis* è esplicitata, per scelta o come conseguenza di modifiche apportate nel tempo a tali atti. La qualità dell'attuazione è varia e profili di non conformità alla Convenzione non mancano, come è evidente dalle conclusioni e raccomandazione del Comitato di controllo, all'esito delle comunicazioni del pubblico relative all'Unione.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, si può in primo luogo notare che, benché siano rinvenibili casi in cui il giudice dell'Unione svolge il suo ragionamento sul diritto derivato, senza considerarne l'*occasio legis*, in molti altri la Convenzione è oggetto di considerazione. Assai spesso il ricorso ad essa ha finalità meramente esornativa, ed è intesa a confermare l'interpretazione cui i giudici erano giunti sulla base della lettera e dello scopo dell'atto di diritto derivato. Spesso il richiamo alla Convenzione, accanto alla disposizione UE identica o molto simile, serve a meglio definire finalità e contesto del diritto derivato, ai fini della sua interpretazione. In altri casi, l'*occasio legis* è determinante per arrivare all'interpretazione della nozione,

di tempo, l'autorità pubblica non possa più invocare uno dei motivi che ostano alla divulgazione).

in senso restrittivo⁷³ o in senso estensivo⁷⁴. Per illustrare meglio il punto, può essere utile citare la sentenza della Grande Sezione nel caso *Fish Legal* del 2013⁷⁵: la Corte doveva dire se una persona giuridica che fosse una pubblica autorità ai sensi del regolamento 2003/4 sull'accesso ai documenti, lo fosse solo relativamente alle informazioni ambientali da essa detenute oppure in relazione a tutte le richieste di informazioni. Dalla risposta dipendeva il tipo di informazioni che l'autorità doveva concedere, se solo quelle ambientali oppure qualunque informazione le fosse richiesta. La seconda interpretazione è esclusa poiché «detto approccio, in quanto tale, non trova conferma né testuale né sistematica nella direttiva o nella Convenzione di Aarhus», ma «è

⁷³ Per esemplificare questo aspetto, si v. Tribunale 14 marzo 2018, T-33/16, *TestBioTech/Commissione* (non impugnata), punti 47-49: il Tribunale deve considerare l'ambito dell'obbligo di riesame *ex art.* 10 reg 1367/2006, per valutare se ci sono limiti ai motivi che possono giustificarlo. La lettera della disposizione non ne contiene. Tuttavia, considerandone lo scopo, quale emerge dal preambolo, dove il legislatore dell'Unione collega l'istituto del riesame all'art. 9, par. 3, della Convenzione, ne desume che «detto regolamento mira a creare la possibilità di avviare procedure per contestare gli atti compiuti in violazione del diritto dell'ambiente», ad esclusione di altre violazioni; Corte giust. 15 marzo 2018, C-470/16, *North East Pylon Pressure Campaign*: nell'individuare quali spese devono essere considerate per valutare se un ricorso è eccessivamente oneroso, bisogna tenere conto della finalità della disposizione dell'Unione (nel caso, l'art. 11 dir 2011/92) e dell'art. 9 della Convenzione, sicché solo le spese relative alle domande che attengono alla partecipazione del pubblico al processo decisionale in materia ambientale (e non quelle fondate su altri motivi) sono rilevanti (punto 42).

⁷⁴ Nel caso *Commissione/American Chemistry Council*, la Corte doveva interpretare la nozione di «informazione riguardanti emissioni nell'ambiente» di cui all'art. 6, par. 1, prima frase, del regolamento 1367/2006, che corrisponde all'art. 4, par. 4, comma 1, lett. d) della Convenzione, nozione che nessuno dei due atti definisce. La Commissione proponeva di interpretarla come limitata alle emissioni provenienti da impianti industriali. La Corte rifiuta questa interpretazione, perché sarebbe contraria «al tenore stesso dell'articolo 4, paragrafo 4, primo par., lettera d), della Convenzione di Aarhus. Infatti, tale disposizione prevede che debbano essere divulgate le informazioni sulle emissioni rilevanti ai fini della tutela dell'ambiente. Orbene, le informazioni relative alle emissioni provenienti da fonti diverse da impianti industriali, come quelle risultanti dall'applicazione di prodotti fitosanitari sulle piante o sul suolo, sono altrettanto rilevanti per la tutela ambientale delle informazioni relative alle emissioni di origine industriale» (sopra citato, punto 62). La Germania, interveniente, sosteneva invece che bisognasse distinguere tra «emissioni» e «scarichi industriali». Anche questa interpretazione è respinta, in quanto «estranea alla Convenzione di Aarhus» (punto 67) e «priva di pertinenza rispetto all'obiettivo di divulgazione delle informazioni ambientali perseguito dal regolamento n. 1367/2006 e risulterebbe artificiale» (punto 68). V. anche Tribunale 21 novembre 2018, T-545/11 RENV, *Stichting Greenpeace Nederland/Commissione*, che rigetta l'interpretazione della disposizione di attuazione della Convenzione proposta dalle ricorrenti perché non necessitata dall'esigenza di rispettare la Convenzione (punto 107).

⁷⁵ Corte giust. 19 dicembre 2013, C-279/12.

in contrasto con i fondamenti sia della citata direttiva sia della Convenzione di Aarhus per quanto concerne l'articolazione dell'ambito di applicazione del regime di accesso che esse prevedono, che è volto a ottenere la più ampia possibile sistematica disponibilità e diffusione al pubblico delle informazioni ambientali detenute dalle autorità pubbliche o per conto di esse» (punti 76 e 77). Ne consegue dunque che tali autorità sono tenute a diffondere solo le informazioni ambientali, benché, in caso di dubbio sulla qualificazione del tipo di informazione, la Corte suggerisca una sorta di criterio *in dubio pro perspicuitate* (punto 82).

Si vuole dare qui conto di una interessante pronuncia del Tribunale, che ha affermato che il regolamento 1367/2006 (accesso alle informazioni ambientali) non è applicabile alle informazioni detenute dalle istituzioni in base al Trattato Euratom, proprio valorizzandone l'*occasio legis*. Il ricorrente impugnava una decisione della Commissione che aveva respinto parzialmente la richiesta di accesso a documenti relativi ad un atto adottato sulla base del Trattato CEEA. La valutazione della Commissione era stata condotta alla luce del regolamento 1049/2001 e non del regolamento 1367/2006 come richiesto dal ricorrente. Il Tribunale, nel respingere il ricorso, conclude che il regolamento 1367/2006 non si applica alla CEEA, perché attua la Convenzione di Aarhus, di cui la CEEA non è parte contraente⁷⁶. In questo modo, l'*occasio legis* del regolamento è determinante per definirne l'ambito materiale di applicazione, ad esclusione di altre possibili letture dello stesso, che valorizzino la riconducibilità dell'atto al diritto dell'ambiente e alla circostanza che l'atto sia stato adottato dalla Commissione.

In secondo luogo, manca un approfondimento non tanto sul titolo in forza del quale la Convenzione è applicabile (può essere considerato pacifico, benché non sia richiamato spesso, che il fondamento è l'art. 216 TFUE, dal quale si ricava che la Convenzione è parte integrante dell'ordinamento dell'Unione), quanto dei criteri da usare per interpretarla. Se li si vogliono desumere dalle sentenze, si nota che sono criteri di tipo letterale, teleologico e sistematico, gli stessi in sostanza applicati al diritto dell'Unione⁷⁷. È vero

⁷⁶ Tribunale 27 febbraio 2018, T-307/16, *CEE Bankwatch Network/Commissione* (non impugnata), punto 46. Il Tribunale aggiunge che il regolamento 1367/2006 non è applicabile perché fondato su una base giuridica (l'art. 175 TCE, ora 192 TFUE) non elencata all'art. 106bis TCEA tra le disposizioni del TFUE estese alla CEEA (punti 48 e 49), e perché il suo tenore letterale si riferisce solo alla CE e non alla CEEA (punto 50).

⁷⁷ Sui criteri interpretativi applicati dalla Corte di giustizia, vi s. K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, in *CJEL*, 2014, p. 3 ss.

che si tratta dei medesimi canoni interpretativi codificati dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, ma gli accordi internazionali andrebbero interpretati anche tenendo conto del loro carattere plurilingue e della prassi successiva. Di questi criteri non c'è sostanzialmente traccia nella giurisprudenza dei giudici dell'Unione. Non risulta infatti che siano prese in considerazione le conclusioni del Comitato di controllo, neppure quando approvate dalla MOP⁷⁸, neppure a scopo esornativo. Anzi, solo i precedenti della Corte sono considerati. Per quanto riguarda il valore della Guida all'applicazione della Convenzione, che pure è citata con una certa frequenza, costante è l'affermazione secondo la quale essa è priva di valore vincolante, benché possa essere presa in considerazione per interpretare la Convenzione⁷⁹. Date queste premesse, il richiamo alla Guida non può mai essere dirimente.

In sostanza, la Convenzione è interpretata come un atto dell'Unione, senza dedicare particolare considerazione alla sua origine internazionale⁸⁰.

⁷⁸ C. PITEA, *op. cit.*, p. 368, ricava il valore delle conclusioni del Comitato, quali fonti di interpretazione della Convenzione, dai criteri di cui ai par. 66 e 67 della sentenza del 30 novembre 2010 della Corte internazionale di giustizia nel caso *Diallo*. Finora i giudici dell'Unione non hanno dovuto pronunciarsi sul valore di una dichiarazione di non conformità. La questione ha fatto capolino nel caso *Stichting Comité 65 Ondergronds Helvoirt/Commissione*, cit., ma il Tribunale ha avuto gioco facile nell'evitare di pronunciarsi su di essa, sostenendo che la lettera della decisione non supportava la lettura che il ricorrente ne faceva: Tribunale T-569/20 sopra citata, punto 79. Al contrario, la Commissione europea è dell'avviso che le conclusioni del Comitato di controllo, se approvate dalla MOP, «acquisiscono lo status di interpretazione ufficiale della convenzione di Aarhus e sono pertanto vincolanti per le parti contraenti e gli organi della convenzione»: proposta di decisione del Consiglio relativa alla posizione che dovrà essere assunta a nome dell'Unione europea alla settima sessione della conferenza delle Parti della convenzione di Aarhus in relazione ai casi ACCC/C/2008/32 e ACCC/C/2015/128 concernenti l'osservanza della convenzione, COM/2021/532, p. 1.

⁷⁹ Sin da Corte giust. 16 febbraio 2012, C-182/10, *Solvay e a.*, punto 27. Si v. da ultimo, 7 marzo 2024, C-234/22, *Robeline Kogukond MTÜ*, punto 39. Nella giurisprudenza esaminata si rinviene anche un caso in cui la Guida all'applicazione della Convenzione è stata invocata dalla parte a sostegno di una interpretazione restrittiva di una nozione cardine quale «emissioni nell'ambiente» (ai sensi dell'art. 4 della Convenzione, se le informazioni riguardano le emissioni nell'ambiente, la divulgazione è particolarmente importante), ma il giudice ha rifiutato di tenerne conto, perché avrebbe condotto a una soluzione non in linea con gli obiettivi perseguiti dalla normativa: *Stichting Greenpeace Nederland/Commissione*, sopra citata. Per quanto la sentenza sia stata annullata in sede di impugnazione, il ragionamento del Tribunale sul punto appare condivisibile.

⁸⁰ Per un'articolata interpretazione dell'art. 9 della Convenzione, in una controversia in cui non venivano in rilievo atti di attuazione, senza alcuna considerazione per la sua origine internazionale, salvo un sintetico accenno alla Guida all'applicazione della Convenzione, si v. *AD & CD*, sopra citata.

In terzo luogo, l'esigenza di interpretare il diritto dell'Unione in modo conforme alla Convenzione è ripetuta in modo costante⁸¹.

L'interpretazione conforme alla Convenzione è condotta anche con riferimento ad atti di diritto derivato che non attuano formalmente la Convenzione, ma che disciplinano profili che rientrano nel suo ambito di applicazione. In questo senso, la Corte interpreta alcune disposizioni della direttiva *Habitat* alla luce degli articoli 6 e 9 della Convenzione, senza dare alcuna giustificazione, se non affermando che tale modo di procedere è dovuto, in quanto la Convenzione «costituisce parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione»⁸².

Se è pacifico che i giudici sono soliti affermare che il diritto derivato deve essere interpretato in modo conforme alla Convenzione, è anche vero che molto spesso a tale statuizione non segue una effettiva analisi degli obiettivi della Convenzione. Talvolta, però, l'applicazione del criterio dell'interpretazione conforme può influire sulla definizione del contesto in cui la disposizione di diritto dell'Unione è inserita oppure può effettivamente incidere sulla individuazione del corretto significato da attribuire ad una disposizione, escludendo le interpretazioni che, pur plausibili in base al tenore letterale, richiederebbero una diversa finalità per essere accettabili.

In quarto luogo, uno degli aspetti più interessanti che emerge dalla giurisprudenza riguarda la circostanza che la comune matrice di atti diversi ne influenza l'interpretazione, perché delinea il contesto che consente di tener conto di un atto nell'interpretazione di un altro. La comune natura di

⁸¹ Un caso speciale (ed isolato, per quanto è stato possibile capire) è rappresentato dalla sentenza *Solvay*, sopra citata, in cui la Corte estende ad alcune disposizioni della Convenzione (l'art. 2, par. 2, sulla nozione di autorità pubblica che agisce nella funzione legislativa, e l'art. 6, par. 9, sulle informazioni da rendere disponibili per la partecipazione del pubblico ai processi decisionali) l'interpretazione che essa dà a disposizioni della direttiva VIA (rispettivamente art. 1, par. 5, direttiva 85/337, secondo cui la direttiva non si applica ai «progetti adottati nei dettagli mediante un atto legislativo», e art. 9, par. 1), dando come giustificazione la similitudine tra il tenore letterale delle disposizioni della Convenzione e della direttiva, e asserendo che «non vi è alcuna ragione, che potrebbe derivare dall'oggetto o dalla portata della Convenzione di Aarhus, che possa impedire alla Corte di trasporre, ai fini dell'interpretazione delle disposizioni di detta Convenzione, l'interpretazione da essa elaborata in relazione alle disposizioni simili della direttiva 85/337» (punti 42 e 63). Molto critico sulla correttezza del ragionamento è C. PITEA, *op. cit.*, p. 236 ss.

⁸² Corte giust. 8 novembre 2016, C-243/15, *Lesoochranárske zoskupenie*, sulla direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche. La direttiva è indicata dalla Commissione come atto rilevante per la Convenzione nei suoi rapporti periodici.

provvedimenti di attuazione della Convenzione (o *occasio legis*) dei diversi provvedimenti, che intervengono come visto in modo selettivo, consente di promuovere una comune interpretazione delle disposizioni sia attraverso il richiamo teleologico (sicché le nozioni presenti in più provvedimenti vanno interpretate nello stesso modo e beneficiano dei precedenti elaborati con riferimento ad altri atti), sia collocando il singolo pilastro nel quadro dell'architettura della Convenzione (sicché ogni pilastro è collegato agli altri e l'interpretazione ne deve tenere conto: la finalità dell'accesso alle informazioni non è (solo) la trasparenza, ma anche la partecipazione al processo decisionale e in ultima analisi la democrazia ambientale). Con le parole del Tribunale, «è auspicabile assicurare una coerenza nell'interpretazione [dell'art. 4, par. 2, lett. d), della direttiva 2003/4 e dell'art. 6, par. 1, del regolamento 1367/2006] nei limiti in cui essi danno attuazione alle medesime disposizioni della Convenzione di Aarhus. Salvo espressa indicazione contraria, è ragionevole ritenere che il legislatore dell'Unione abbia inteso dare attuazione alla citata Convenzione in maniera uniforme nel diritto dell'Unione, sia per gli Stati membri che per le istituzioni dell'Unione»⁸³. Questo ragionamento è riproposto dal Tribunale anche in seguito: l'interpretazione della Corte dei requisiti di cui all'art. 9, par. 4, della Convenzione in relazione agli atti che attuano la Convenzione per gli Stati può essere trasposta all'interpretazione del regolamento 1367/2006⁸⁴.

Presupposto per l'operare di tale criterio interpretativo è l'identità di lettera e di finalità dei due provvedimenti. Quando questa manca, l'estensione della giurisprudenza non può operare. In questo senso depone una pronuncia della Corte, che ha escluso che la giurisprudenza elaborata con riferimento all'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni potesse applicarsi alla direttiva 2003/4: le pronunce «riguardavano l'accesso del pubblico ai documenti relativi a taluni procedimenti dinanzi ai giudici dell'Unione», e l'estensione non è possibile «poiché un siffatto accesso è disciplinato da disposizioni del diritto dell'Unione il cui contenuto differisce in modo sostanziale da quelle la cui interpretazione è in discussione nel presente procedimento»⁸⁵.

⁸³ *Tweedale/EFSA*, sopra citata, punto 97.

⁸⁴ Tribunale 27 gennaio 2021, T-9/19, *ClientEarth/BEI*, punto 107.

⁸⁵ Corte giust. 15 aprile 2021, C-470/19, *Friends of the Irish Environment*, punto 42.

Abstract (ita)

Negli ultimi anni, gli accordi internazionali conclusi dall'Unione escludono sempre più spesso che le disposizioni convenzionali possano attribuire diritti ai singoli, anche quando sono intese a regolare la condotta dei privati. Se è chiaro che questa prassi vuole rimarcare che gli impegni convenzionali sono assunti a livello di parti contraenti e dunque sono regolati dal diritto internazionale, è altrettanto innegabile che il rispetto degli obblighi che la UE assume nei confronti delle altre parti contraenti richiede spesso una condotta specifica, consistente nell'adozione di atti per regolare la condotta dei privati o degli organi pubblici nel senso voluto dall'accordo internazionale. Ciò porta a interrogarsi sul modo in cui la UE attua i propri obblighi internazionali. Si tratta di una questione tipica del diritto internazionale, che tradizionalmente rientra nel concetto di adattamento del diritto interno al diritto internazionale e che porta con sé ulteriori temi, quali le tecniche di adattamento, la posizione del diritto internazionale nella gerarchia delle fonti, i criteri ermeneutici da usare per evitare o risolvere i conflitti tra fonti. La Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale del 1998, è un utile caso studio per indagare le tecniche di adattamento che l'Unione ha impiegato, nonché per valutare se l'interpretazione degli atti di diritto derivato tiene conto dell'origine internazionale e convenzionale della disciplina.

Abstract (eng)

In recent years, it has become increasingly evident that international agreements concluded by the EU have tended to exclude the possibility that conventional provisions can attribute rights to individuals, even when they are intended to regulate the conduct of private individuals. While it is evident that this approach underscores the notion that conventional commitments are undertaken at the level of the contracting parties and are thus governed by international law, it is also important to acknowledge that respecting the obligations that the EU assumes towards the other contracting parties often necessitates specific actions, such as the adoption of measures to regulate the conduct of private individuals or public bodies in the sense intended by the international agreement. This prompts questions regarding the manner in which the EU implements its international obligations. This is a typical question of international law, which traditionally falls under the

concept of adapting domestic law to international law. This brings with it further issues, such as adaptation techniques, the position of international law in the hierarchy of sources, and the hermeneutic criteria to be used to avoid or resolve conflicts between sources. The 1998 Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters could be a useful case study for investigating the adaptation techniques used by the Union. It could also be a useful tool for evaluating whether the interpretation of secondary legislation considers the international and conventional origin of the legislation.

L'UE TRA SICUREZZA MILITARE E SICUREZZA ECONOMICA: RUOLO, LIMITI E POTENZIALITÀ DELLA DISCIPLINA UE SUL CONTROLLO ALLE ESPORTAZIONI DEI BENI A DUPLICE USO

Chiara Cellerino*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La limitata partecipazione dell'Unione europea al quadro giuridico multilaterale in materia di controlli alle esportazioni. – 3. L'origine e l'evoluzione del quadro giuridico UE in materia di controllo alle esportazioni dei beni *dual-use*. – 4. La disciplina materiale del regolamento 821/2024: tra vincoli internazionali e competenze nazionali. – 5. Il controllo dell'esportazione di "tecnologie emergenti" nella riforma del 2021. – 6. Le proposte della Commissione nel Libro bianco sul controllo delle esportazioni e la reazione del Consiglio europeo. – 7. La difficile costruzione di una politica UE di controllo delle esportazioni e il ruolo del principio di leale collaborazione.

1. *Introduzione*

La *governance* internazionale dei controlli all'esportazione di beni a duplice uso è tradizionalmente rivolta a gestire la minaccia alla sicurezza rappresentata dal rischio di natura militare, in particolare al fine di evitare che alcuni beni e tecnologie, aventi un utilizzo sia civile sia militare, finiscano nelle cd. "mani sbagliate", con connessi rischi alla pace e alla sicurezza internazionale¹.

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Genova.

¹ Cfr., tra agli altri, K. M. MEESSEN (ed.), *International Law of Export Control, Jurisdictional Issues*, London, 1992; A. IDIART, Y. AUBIN, *Export Control Law and Regulations Handbook*, New York, 2011; D. STEFOUDI, *Export Control and Dual-use of Space Technology: Legal and Policy Considerations*, Leiden, 2016; D. TAMADA, P. ACHILLEAS, *Theory and Practice of Export Control. Balancing International Security and International Economic Relations*, Singapore, 2017; J. HELFERICH, *Arms Export Controls Under Siege of Globalisation*, Baden-Baden, 2020; B. SEYOUN, *Export Controls and International Business: A Study with Special Emphasis on Dual-Use Export Controls and Their Impact on Firms in the US*, in *Jour. Econ. Issues*, 2017, p. 45 ss.; M. KANETAKE, *Balancing Innovation, Development and Security: Dual-use Concepts in Export Control Laws*, in N. CRAIK, C. JEFFERIES, S. SECK, T. STEPHENS (eds.), *Global Environmental Change and Innovation in International Law*, Cambridge, 2018, p. 180 ss.; con riferimento alla normativa UE, v. D. BALIANI, *Il regime comunitario dei controlli sulle esportazioni di beni a doppio uso*, in *DUE*, 2002, p. 265 ss.; A. SANTINI, *Disciplina delle esportazioni di beni a duplice uso: misure nazionali e regolamentazione comunitaria*, in *DCSI*, 1996, p. 509 ss.; P.

Questo è ancora oggi l'obiettivo prevalente della disciplina UE in questo settore, che resta fortemente ancorata ai meccanismi di controllo delle esportazioni dei beni a duplice uso previsti a livello multilaterale (*infra*, parr. 2 e 3)². Il controllo dell'esportazione di questi beni è poi per l'Unione anche uno strumento di reazione a situazioni specifiche, come dimostrano molte misure restrittive adottate nei confronti della Federazione Russa, in occasione dell'invasione dell'Ucraina, che prevedono, proprio e anche, divieti all'esportazione di armi e beni a duplice uso verso questo Paese, fondati su atti di politica estera e sicurezza comune (PESC)³.

Al tempo stesso tempo, e più di recente, il controllo delle esportazioni sta diventando, unitamente al controllo sugli investimenti in entrata e in uscita, uno dei principali strumenti giuridici attraverso i quali si consuma la contrapposizione tra potenze per il dominio tecnologico globale. Oggi, infatti, il mantenimento della supremazia tecnologica si realizza anche attraverso il controllo delle esportazioni sulle tecnologie c.d. emergenti, a prescindere dal loro potenziale militare, e quindi dalla loro pertinenza alla nozione comunemente accolta di "bene a duplice uso"⁴. Basti al riguardo

KOUTRAKOS, *Export of Dual-Use Goods under the Law of the European Union*, in *ELR*, 1998, p. 235 ss.; A. WETTER, *Enforcing European Union Law on Exports of Dual-Use Goods*, Oxford, 2009; G. MICARA, *Current Features of the European Union Regime for Export Control of Dual-use Goods*, in *JCMS*, 2012, p. 578 ss.; A. DASHWOOD, *Dual-use Goods: (Mis)Understanding Werner and Leifer*, in A. ARNULL, P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, p. 354; C. CELLERINO, *I beni a duplice uso e la dual-use technology*, in M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *Sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, Milano, 2023, p. 313 ss.; F. VISMARA, *Controlli all'esportazione sui beni dual use nel regolamento (UE) 2021/821 del 20 maggio 2021 e misure successive*, in *DUE*, 2022, p. 143 ss.; ID., *Il commercio dei prodotti a duplice uso nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2025.

² Comunicazione della Commissione, del 24 aprile 2014, Revisione della politica di controllo delle esportazioni: garantire la sicurezza e la competitività in un mondo che cambia, COM (2014) 244final, ove si osserva il continuo sviluppo di capacità in termini di proliferazione da parte di Stati terzi.

³ Inoltre, la Federazione Russa è stata da ultimo rimossa dai Paesi destinatari di autorizzazioni generali di esportazione ai sensi della rilevante disciplina UE. Cfr. regolamento delegato (UE) 2022/699 della Commissione, del 3 maggio 2022, che modifica il regolamento (UE) 2021/821 del Parlamento europeo e del Consiglio escludendo la Russia come destinazione dall'ambito di applicazione delle autorizzazioni generali di esportazione dell'Unione. Sulle misure restrittive contro la Federazione Russa, si veda la sintesi disponibile al seguente link: www.eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM:25_2.

⁴ Cfr., ad esempio, regolamento (UE) 2021/821, del 20 maggio 2021, che istituisce un regime dell'Unione europea di controllo delle esportazioni, dell'intermediazione, dell'assi-

considerare che, negli Stati Uniti, il controllo delle esportazioni viene viepiù utilizzato per escludere alcune industrie straniere dall'accesso a «tecnologie di base emergenti», considerate «essenziali per la sicurezza nazionale», onde rafforzare e proteggere la supremazia dell'industria tecnologica statunitense rispetto a quella di economie concorrenti, come quella cinese⁵. È evidente, così, che la disciplina di cui trattasi viene piegata a finalità nuove, con relativo ampliamento del suo ambito di applicazione a prodotti anche diversi, considerati “strategici” per motivi differenti. Non è peraltro escluso che tali nuove tecnologie mantengano una relazione, più o meno diretta, con il rischio di natura militare, vista la distinzione sempre più sfumata tra beni civili e beni militari⁶.

Tale evoluzione ha contribuito a determinare una progressiva divergenza delle legislazioni nazionali e regionali in questa materia. Infatti, le finalità politiche poste alla base delle discipline internazionali non sono più del tutto condivise ed omogenee tra gli attori coinvolti, con conseguente erosione dei meccanismi multilaterali e dello stesso consenso internazionale relativo alla loro utilità quali strumenti di non proliferazione. La guerra tra Russia e Ucraina ha ulteriormente esacerbato la situazione, portando la Federazione Russa ad opporsi in alcuni casi all'aggiornamento delle liste di beni a duplice uso soggette a controlli in base ai regimi multilaterali cui essa partecipa⁷.

A livello europeo, nonostante la presenza di una disciplina *prima facie* uniforme del regime di controllo delle esportazioni dei beni a duplice

stenza tecnica, del transito e del trasferimento di prodotti a duplice uso, in GU L, n. 206, del 11 giugno 2021, 1, art. 2, ai sensi del quale sono definiti beni a duplice uso «i prodotti, inclusi il software e le tecnologie, che possono avere un utilizzo sia civile sia militare».

⁵ Cfr. C. WHANG, *The Diverging Paths: Changes in Dual-use Export Control Regime for the United States and the European Union and Its Implications*, in *Society of International Economic Law (SIEL)*, Sixth Biennial Conference, 2018, www.ssrn.com; H. ALAVI, T. KHAM-ICHONAK, *EU and US Export Control Regimes for Dual Use Goods: An Overview of Existing Frameworks*, in *Romanian Journal of European Affairs*, 2017, p. 59 ss.; T. GEHRKE, J. RINGHOF, *The power of control: how the EU can shape the new era of strategic export restrictions*, in *Policy Brief, European Council of Foreign Relations*, 2023; v. anche, in tema, M. P. MARIANI, *I controlli delle esportazioni in situazioni di emergenza: il caso dei vaccini*, in *DCI*, 2022, p. 109 ss.

⁶ Si consideri, ad esempio, che la Cina persegue da alcuni anni la propria strategia di ammodernamento militare *inter alia* attraverso la politica del “made in China 2025”, con la quale si pone obiettivi elevati di produzione interna di nuove tecnologie, incluse quelle informatiche, incentivando la c.d. “fusione” dell'industria civile e militare. Cfr. K. HEEJIN, *Global Export Controls of Cyber Surveillance Technology and the Disrupted Triangular Dialogue*, in *ICLQ*, 2021, p. 379 ss.

⁷ Commissione europea, 24 gennaio 2024, *Libro Bianco sui controlli alle esportazioni* (COM (2024) 25final).

uso, basata sul regolamento 821/2021 che istituisce un regime dell'Unione di controllo delle esportazioni, dell'intermediazione, dell'assistenza tecnica, del transito e del trasferimento di tali prodotti (in appresso, anche "regolamento dual-use"), si è invero assistito ad un approccio piuttosto frammentario da parte degli Stati membri, soprattutto con riferimento al più recente fenomeno del controllo delle esportazioni di tecnologie emergenti. Ad oggi, infatti, gli Stati membri hanno reagito "in ordine sparso" alle nuove sollecitazioni derivanti dalle tensioni internazionali, senza previo coordinamento, adottando talvolta misure unilaterali, anche su pressione di partner stranieri⁸. Se ciò ha consentito di aggirare il blocco dei sistemi multilaterali e di reagire più tempestivamente alle nuove esigenze di sicurezza (non solo militare) dei nostri tempi, questo modo di procedere pregiudica la coerenza della politica comune delle esportazioni e l'equilibrio del mercato interno. Inoltre, gli stessi interessi strategici che gli Stati membri intendono tutelare attraverso l'imposizione dei controlli nazionali unilaterali rischiano di subire un pregiudizio dalla mancanza di coordinamento tra gli Stati membri. Infatti, nel contesto del mercato interno, anche le misure nazionali più rigorose sono aggirabili attraverso fenomeni di cd. "triangolazione" delle esportazioni, che consentono all'esportatore di avvalersi degli ordinamenti giuridici dei paesi membri con misure meno restrittive, con conseguente deviazione dei flussi degli scambi intra-comunitari diretti ai Paesi terzi.

In questo scenario di riferimento, pare legittimo chiedersi se il quadro giuridico europeo di controllo delle esportazioni dei beni a duplice uso sia idoneo ad assolvere alle funzioni composite che tale disciplina è chiamata a svolgere nel quadro geopolitico attuale, assicurando un'azione europea unitaria, coerente e credibile sul piano internazionale, soprattutto in chiave di assicurare la sicurezza militare ed economica dell'intero "blocco". Per provare a rispondere a tale quesito, si ricostruiranno nei seguenti paragrafi i principali aspetti della governance internazionale ed europea del settore, tenendo conto delle modifiche apportate dalla riforma del regolamento *dual-use* del 2021 e delle proposte più recenti di rafforzamento ulteriore del sistema, onde individuarne i limiti e le potenzialità, anche alla luce della ripartizione delle competenze tra UE e Stati membri.

⁸ *Ibidem*, ove si riportano, ad esempio, le misure adottate in tal senso da Olanda, Spagna e Finlandia su alcune tecnologie emergenti. Sul caso olandese, v. anche S. POLI, *Reinforcing Europe's Technological Sovereignty Through Trade Measures*, in *EP*, 2022, p. 430, spec. p. 441 ss.

2. *La limitata partecipazione dell'Unione europea al quadro giuridico multilaterale in materia di controlli alle esportazioni*

È noto che, a partire dall'inizio della guerra fredda, si è sviluppata una rete di sistemi multilaterali finalizzati a realizzare un controllo condiviso delle esportazioni dei beni a duplice uso. Più precisamente, oggi, tali sistemi sono costituiti principalmente dall'Intesa di Wassenaar, succeduta nel 1996 al precedente Comitato di coordinamento per i controlli multilaterali delle esportazioni (*Coordinating Committee for Multilateral Export Control – COCOM*)⁹, il Gruppo Australia (*Australia Group*), il Regime di controllo delle tecnologie missilistiche (*Missile Technology Control Regime*), il Gruppo dei fornitori nucleari (*Nuclear Suppliers Group*). Gli impegni assunti dagli Stati in tali contesti non hanno natura vincolante, ma godono di un elevato grado di applicazione, in ragione della rilevanza degli interessi che perseguono.

Esistono poi, sempre a livello interazionale, una serie di altre fonti di natura vincolante, che impongono agli Stati obblighi in materia di non proliferazione e controllo delle armi e dei beni connessi, quali la risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 1540 del 28 aprile 2004, in forza della quale gli Stati devono adottare e applicare misure efficaci per istituire controlli volti a prevenire la proliferazione di armi nucleari, chimiche e biologiche e dei loro vettori, introducendo anche controlli sui materiali, le apparecchiature e le tecnologie connessi; la Convenzione sulla proibizione dello sviluppo, della produzione, dell'immagazzinaggio e dell'uso di armi chimiche e sulla loro distruzione del 13 gennaio 1993 ("Convenzione sulle armi chimiche") e la Convenzione sull'interdizione della messa a punto, produzione e immagazzinamento delle armi batteriologiche (biologiche) e tossiniche e sulla loro distruzione del 10 aprile 1972 ("Convenzione sulle armi biologiche e tossiche").

La partecipazione dell'Unione a tali convenzioni e sistemi multilaterali è tuttavia molto limitata. Infatti, sono perlopiù gli Stati membri, e nemmeno tutti in modo omogeneo, che vi prendono parte¹⁰. L'UE è solo parte del

⁹ Storicamente, gli Stati Uniti ed alcuni Paesi occidentali avevano creato, a sostegno degli obiettivi della NATO, il Comitato di coordinamento per i controlli multilaterali delle esportazioni (*Coordinating Committee for Multilateral Export Control – COCOM*), quale foro di coordinamento per l'individuazione di una lista di beni militari e a duplice uso la cui esportazione verso l'Unione sovietica era vietata. Le funzioni dell'ex COCOM si sono oggi trasferite in capo all'Intesa di Wassenaar, che ha abbandonato la connotazione "anti-sovietica" del suo predecessore, coinvolgendo 42 Stati, inclusa la Federazione Russa.

¹⁰ Al momento, non sono parti del regime di non proliferazione nel settore missilistico

Gruppo Australia, e detiene lo *status* di osservatore nel Regime di controllo sulle tecnologie missilistiche. Inoltre, stando a quanto riportato dalla stessa Commissione europea nel Libro Bianco sui controlli alle esportazioni del gennaio 2024¹¹, gli Stati membri non coordinano preventivamente le rispettive posizioni in questi contesti. Ciò lascia sorpresi se si pensa agli obblighi che, per consolidata giurisprudenza della Corte, il principio di leale collaborazione tradizionalmente impone alla condotta degli Stati membri nelle relazioni internazionali, allorché essa verta su materie che sono oggetto di competenza UE, tanto più nell'ambito di una competenza esclusiva *a priori* come quella della politica commerciale, anche laddove l'Unione non possa essere parte formale dei sistemi multilaterali in questione¹².

Benché generalmente anomala, la mancanza di coordinamento preventivo delle posizioni in seno ai gruppi multilaterali di cui trattasi potrebbe in parte spiegarsi con il fatto che le scelte operate in tali contesti dagli Stati membri, ancorché realizzate attraverso strumenti di politica commerciale (segnatamente, il controllo delle esportazioni), perseguono invero obiettivi di sicurezza nazionale che, come noto, restano riservati dai Trattati all'esclusiva competenza degli Stati ai sensi dell'art. 4.2 TUE¹³. La competenza nazionale sulle misure in questione, spesso ribadita nei documenti ufficiali¹⁴, emerge, come si cercherà di dimostrare nel prosieguo, anche dalla stessa disciplina di diritto derivato di cui al menzionato regolamento *dual-use*, il quale, pur fondato sulla base giuridica dell'art. 207 TFUE, riflette invero

i seguenti Paesi membri: Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Romania, Slovenia e Slovacchia. Cipro non è nemmeno parte dell'intesa di Wassenaar.

¹¹ COM (2024) 25final, cit.

¹² Cfr. per tutte, Corte giust. 12 febbraio 2009, C-45/07, *Commissione/Grecia*, punti 30-31; sul rapporto tra competenze interne ed esterne, si veda anche Corte giust. 5 dicembre 2017, C-600/14, *Germania/Consiglio*. In tema, sia consentito il rinvio a C. CELLERINO, *Soggettività internazionale e azione esterna dell'Unione europea, fondamento, limiti e funzioni*, Roma, 2015, p. 209 ss.; si vedano anche, *ex pluribus*, F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea, studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020, p. 221 ss.; M. CREMONA, *Defending the Community Interest: The Duties of Cooperation and Compliance*, in M. CREMONA, B. DE WITTE (eds.), *Eu Foreign Relations Law, Constitutional Fundamentals*, Oxford, 2008, p. 125 ss.; E. NEFRAMI, *The Duty of Loyalty: Rethinking Its Scope Through Its Application in the Field of External Relations*, in CMLR, 2010, p. 323 ss.; A. DELGADO CASTELEIRO, J. LARIK, *The Duty to Remain Silent: Limitless Loyalty in EU External Relations?*, in ELR, 2011, p. 524 ss.

¹³ Significativa, al riguardo, l'interpretazione della disposizione in questione in Corte giust. 15 luglio 2021, C-742/19, *Ministrstvo za obrambo*.

¹⁴ Si vedano, ad esempio, da ultimo, le conclusioni del Consiglio europeo sul Libro bianco sul controllo all'esportazione, 30 maggio 2024, punto 5.

competenze ripartite su vari livelli tra Unione europea e Stati membri. Per meglio illustrare questo aspetto, pare utile prendere in esame, nel successivo paragrafo, le origini della disciplina UE in materia di controlli all'esportazione dei beni a duplice uso e le vicende relative all'individuazione della sua base giuridica.

3. *L'origine e l'evoluzione del quadro giuridico UE in materia di controllo alle esportazioni dei beni dual-use*

Sino all'inizio degli anni '90, il controllo delle esportazioni dei beni a duplice uso era regolato dalle legislazioni nazionali degli Stati membri, le quali prevedevano diversi livelli di restrizioni. Esse si applicavano anche negli scambi tra Stati membri, principalmente al fine di contrastare i fenomeni di c.d. "triangolazione", consistenti in particolare in deviazioni di traffico verso Paesi UE ove vigevano controlli meno rigorosi, ai fini dell'esportazione dei beni a duplice uso verso destinazioni extra-UE considerate sensibili.

Le problematiche che ne scaturivano sono ben illustrate dalle vicende del caso *Aimé Richardt*, relativo al transito sul territorio del Granducato di Lussemburgo di una partita di merci considerate strategiche, provenienti dalla Francia (ove erano state immesse in libera pratica, a seguito di importazione dagli Stati Uniti) e dirette in Unione Sovietica. In Francia erano state regolarmente effettuate le formalità necessarie all'esportazione delle merci a Mosca per via aerea, in base alla disciplina di cui all'allora vigente regolamento 222/77 relativo al transito comunitario¹⁵. Tuttavia, a causa dell'annullamento del volo, la compagnia aerea procedeva al loro trasferimento per autocarro verso l'aeroporto lussemburghese, ove le stesse erano sottoposte a sequestro per violazione della normativa nazionale che richiedeva, per tale tipologia di merci dirette in Unione Sovietica, una speciale licenza di transito.

La Corte di giustizia, investita della questione relativa alla compatibilità della predetta disciplina nazionale con le norme e i principi dell'unione doganale, affermava che, nonostante il regime del transito comunitario si applicasse a tutti i movimenti di merci all'interno dell'allora Comunità, indipendentemente dalla eventuale natura strategica delle stesse, gli Stati membri potevano controllare le merci in transito, se tale controllo era giustificato

¹⁵ Oggi confluita nel regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 ottobre 2013, che istituisce il codice doganale dell'Unione.

dalla tutela della sicurezza nazionale sia interna sia esterna. Al riguardo, la Corte non esitava a riconoscere che «le importazioni, le esportazioni e il transito di merci utilizzabili a fini strategici possono incidere sulla pubblica sicurezza di uno Stato membro, che esso ha pertanto il diritto di tutelare», in base alle eccezioni previste all'odierno art. 36 TFUE, a condizione che le misure adottate siano proporzionate allo scopo¹⁶.

È evidente, così, che tali controlli, rappresentando una deroga al regime di diritto comune, potevano eccezionalmente essere imposti dagli Stati membri nell'esercizio delle proprie funzioni di tutela della sicurezza nazionale e nei limiti previsti dai Trattati. Al tempo stesso, soprattutto se imposti negli scambi tra Stati membri, essi pregiudicavano la piena realizzazione del mercato interno e dell'unione doganale. Di qui, la proposta della Commissione di adottare il previgente regolamento CE n. 3381/94 che istituisce un regime comunitario di controllo delle esportazioni di beni a duplice uso, con lo scopo di liberalizzare la circolazione dei beni a duplice uso all'interno dell'allora Comunità e istituire un (embrione di) meccanismo uniforme per il rilascio delle autorizzazioni all'esportazione, basato su criteri analoghi a quelli previsti per le esportazioni di armi¹⁷, sancendo al contempo un principio di mutuo riconoscimento delle licenze di esportazione rilasciate dagli Stati membri¹⁸.

Tale iniziale tentativo di regolazione, oltre a prevedere una disciplina ancora vaga e incompleta, era basato su una rigorosa distinzione tra competenze, rispettivamente, di Politica commerciale e di PESC. Esso rimetteva infatti la definizione dell'elenco dei beni, delle destinazioni, e delle linee di indirizzo per l'applicazione dei criteri di rilascio delle autorizzazioni ad un atto separato, adottato, appunto, in seno alla PESC, ossia la decisione 94/942/PESC¹⁹. Il menzionato "sdoppiamento" delle fonti bene illustrava la natura "ibrida" delle competenze esercitate dall'Unione in questo settore. Esso poneva tuttavia indubbie questioni di complessità della disciplina,

¹⁶ Corte giust. 4 ottobre 1991, C-367/89, *Richardt*, punto 22.

¹⁷ Posizione comune 2008/944/PESC, dell'8 dicembre 2008, che definisce norme comuni per il controllo delle esportazioni di tecnologia e attrezzature militari Posizione comune.

¹⁸ Cfr. proposta di regolamento (CEE) del Consiglio, del 13 agosto 1992, relativo al controllo all'esportazione di beni e tecnologie a duplice uso nonché di prodotti e tecnologie nucleari, COM (92) 317final, e, quindi, regolamento (CE) n. 3381/94 del Consiglio, del 19 dicembre 1994, che istituisce un regime comunitario di controllo delle esportazioni di beni a duplice uso.

¹⁹ Decisione 94/952/PESC del Consiglio, del 19 dicembre 1994, relativa all'azione comune, adottata dal Consiglio in base all'articolo J.3 del trattato sull'Unione europea, riguardante il controllo delle esportazioni di beni a duplice uso.

di coerenza con la competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune e di “giustiziabilità” della condotta degli Stati membri. A ciò si aggiunga che l’eventuale aggiornamento dei criteri e dell’elenco dei beni sottoposti a controllo restava sottoposto ad una decisione all’unanimità degli Stati membri.

Tanto è vero che l’assetto normativo così articolato è stato successivamente abbandonato, a favore dell’individuazione di un unico strumento normativo, radicato nella competenza esclusiva dell’Unione in materia commerciale. Ciò, in particolare, è stato la conseguenza di una giurisprudenza della Corte di giustizia, inaugurata nelle cause congiunte *Werner e Leifer*. In tale occasione, nel contesto dell’esame di compatibilità di misure nazionali restrittive delle esportazioni di beni a duplice uso con la disciplina UE sulle esportazioni, la Corte ha affermato che *«un provvedimento che abbia l’effetto di impedire o restringere l’esportazione di determinati prodotti, quale quello descritto nella questione pregiudiziale, non può essere escluso dall’ambito della politica commerciale comune per il fatto che esso mira a raggiungere obiettivi di politica estera e di sicurezza. Invero, l’obiettivo specifico della politica commerciale, che riguarda gli scambi con i paesi terzi e si fonda... sulla nozione di politica comune, implica che uno Stato membro non possa restringerne la portata stabilendo a suo arbitrio, alla luce delle proprie esigenze di politica estera o di sicurezza, se un provvedimento rientri nella sfera dell’art. [207 TFUE]»*. Ne consegue che un provvedimento nazionale restrittivo delle esportazioni di un bene a duplice uso può essere ritenuto legittimo non in quanto sottratto di per sé all’ambito di applicazione delle misure di politica commerciale comune, ma solo allorché sia eccezionalmente giustificato dalla tutela della sicurezza nazionale, quale deroga consentita dallo stesso diritto comunitario²⁰.

Le istituzioni e gli Stati membri hanno interpretato la predetta giuri-

²⁰ Corte giust. 17 ottobre 1995, C-70/94, *Werner/Bundesrepublik Deutschland*; Corte giust. 17 ottobre 1995, C-83/94, *Leifer e a.*, punto 10 ss. (enfasi aggiunta). Analoghe questioni sono state affrontate nella successiva sentenza relativa al caso *Centro-Com*, ove i provvedimenti nazionali di congelamento dei fondi di Serbia e del Montenegro detenuti nelle banche nel Regno Unito sono stati ritenuti in conflitto con le misure europee adottate nei confronti della Repubblica federale di Jugoslavia, in quanto ostativi del pagamento delle operazioni di esportazione di prodotti medicinali verso tale Paese, autorizzati in particolare dall’Italia, sulla base dalla normativa UE che li consentiva (in deroga, peraltro, al regime generale di embargo stabilito a livello internazionale). Il Regno Unito non poteva infatti invocare la propria competenza in materia di politica estera per sottrarsi agli obblighi di ottemperanza alle rilevanti disposizioni di diritto UE, adottate, in allora, nell’ambito della politica commerciale comune, v. Corte giust. 14 gennaio 1997, C-124/95, *The Queen ex parte: Centro-Com/HM Treasury e Bank of England*.

sprudenza come un'indicazione dell'estensione particolarmente ampia dell'ambito di applicazione della politica commerciale, che sarebbe tale, cioè, da assorbire interamente anche la disciplina di controllo delle esportazioni dei beni in questione. In realtà, come è stato autorevolmente osservato, questa interpretazione fu probabilmente in parte fuorviante, poiché il sopra citato passaggio della motivazione in *Werner e Leifer* aveva verosimilmente il più limitato obiettivo di affermare l'obbligo degli Stati membri di agire in conformità al diritto UE anche quando esercitano competenze nazionali in materia di politica estera e di sicurezza²¹. Si trattava, in altre parole, di cogliere la differenza tra l'ambito di applicazione del diritto UE e la competenza dell'Unione²².

Ad ogni modo, proprio sulla base della menzionata giurisprudenza della Corte, la disciplina comunitaria dei controlli alle esportazioni dei beni a duplice uso è stata riformata e ricondotta, come sopra accennato, sotto un unico strumento normativo fondato sulla competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune, oggi rifuso nel già menzionato regolamento 821/2021. All'interno del regolamento sono stati incorporati anche gli elenchi e criteri di cui alla previgente, e sopra ricordata, decisione 94/942/PESC²³. L'anomalia della base giuridica così individuata, tuttavia, pare in

²¹ A. DASHWOOD, *op. cit.*

²² Sulla distinzione tra gli anolghi concetti di “*compliance*” e “*competence*”, C. HILLION, *ERTA, ECHR and Open Skies – laying the grounds of the EU system of external relations*, in L. AZOULAI, M. MADURO (eds.), *The Past and Future of EU law – The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, London, 2010, p. 224 ss. Si vedano anche, in generale su questi aspetti, L. AZOULAI, *La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de Justice de l'Union européenne*, in E. NEFRAMI (sous la direction de), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Brussels, 2013, p. 341 ss.; L. BOUCON, *EU Law and Retained Powers of Member States*, in L. AZOULAI (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014; B. DE WITTE, *Exclusive Member States Competences — Is There Such a Thing?*, in S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.), *The Division of Competences between the EU and the Member States*, London, 2017, p. 59 ss.; G. DI FEDERICO, *L'identità costituzionale degli Stati membri nel Diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 3, TUE*, Napoli, 2017, p. 66 ss.; M. E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, p. 120 ss.; P. DE PASQUALE, *Competenze proprie degli Stati e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in DPCE, 2019, p. 5 ss.

²³ Si trattò, originariamente, del regolamento 1334/2000 del Consiglio, del 22 giugno 2000, che istituisce un regime comunitario di controllo alle esportazioni di prodotti e tecnologie a duplice uso, al quale si accompagnò l'azione comune 2000/401/PESC del Consiglio, del 22 giugno 2000, relativa al controllo dell'assistenza tecnica riguardante taluni fini militari. Tali strumenti furono poi sostituiti dal regolamento (CE) n. 428/2009 del Consiglio, del 5

qualche modo continuare a riflettersi nel dispiegarsi della disciplina materiale del regolamento.

4. *La disciplina materiale del regolamento 821/2024: tra vincoli internazionali e competenze nazionali*

Il regolamento *dual-use* articola la sua disciplina in modo tale da preservare, in buona parte, le competenze nazionali che, *prima facie*, risultano in esso assorbite. In via generale, infatti, lungi dal costituire un sistema centralizzato di controllo, il regolamento stabilisce la cornice normativa comune all'interno della quale si devono attuare le politiche nazionali relative al trasferimento dei beni a duplice uso tra Stati membri e all'esportazione degli stessi verso Stati terzi²⁴. Il regime si caratterizza per due principali livelli di governance: quello europeo e quello nazionale. Infatti, la lista dei beni a duplice uso sottoposti alla disciplina comune, le tipologie di licenza, così come i criteri e gli obiettivi cui i controlli devono ispirarsi, sono definiti a livello UE e, segnatamente, dallo stesso regolamento. Invece, resta responsabilità delle autorità nazionali competenti l'effettuazione dei controlli e l'assunzione delle rilevanti decisioni in ordine alle licenze di esportazione, l'eventuale applicazione di sanzioni nei confronti dei soggetti che violano la normativa rilevante nonché, soprattutto, la previsione di ulteriori categorie di beni da sottoporre a controlli nazionali.

In base all'art. 3 del regolamento, sono sottoposti a controllo le esportazioni verso Paesi terzi dei beni indicati nell'Allegato I²⁵. Preme qui sottoli-

maggio 2009, che istituisce un regime comunitario di controllo delle esportazioni, del trasferimento, dell'intermediazione e del transito di prodotti a duplice uso (rifusione), il quale è oggi rifiuto, in ragione delle molte modifiche nel frattempo intervenute, nel già citato regolamento 821/2021 che istituisce un regime dell'Unione di controllo delle esportazioni, dell'intermediazione, dell'assistenza tecnica, del transito e del trasferimento di prodotti a duplice uso.

²⁴ I trasferimenti intra-UE, ai sensi dell'art. 11 del regolamento, sono tendenzialmente liberalizzati, salvo poche eccezioni quali, ad esempio, i beni di cui all'Allegato 4 del regolamento.

²⁵ Tali beni sono suddivisi in 10 categorie (dalla 0 alla 9): materiali nucleari, impianti e apparecchiature; materiali speciali e relative apparecchiature; lavorazione dei materiali; materiali elettronici; calcolatori; telecomunicazioni e sicurezza delle informazioni; sensori e laser; materiale avionico e di navigazione; sistemi, apparecchiature e materiali marini; sistemi e apparecchiature aerospaziali e di propulsione. Devono essere sottoposte a licenza anche le attività di intermediazione e assistenza tecnica relative ai prodotti di cui all'Allegato I, se tali prodotti sono o possono essere destinati in tutto o in parte alle finalità sensibili, di cui all'art. 4.1 del regolamento.

neare che la lista di cui al predetto Allegato I non è altro che la trasposizione a livello UE degli impegni che gli Stati membri concordano a livello internazionale, nel contesto dei sistemi multilaterali dei quali si è detto *supra*, § 2. In altre parole, quindi, il citato Allegato I pare costituire l'”appropriazione”, da parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione, di soluzioni cui sono pervenuti gli Stati membri (o almeno parte di essi), nell'ambito delle relative relazioni internazionali. Vero è che, in base all'art. 17 dello stesso regolamento, la modifica del menzionato Allegato I può avvenire da parte delle istituzioni UE anche a prescindere dall'evoluzione delle liste multilaterali. Tuttavia, allorché la modifica proposta recepisca impegni concordati a livello internazionale, essa può avvenire con semplice atto delegato della Commissione, mentre, se la modifica proposta si discosta dalla disciplina multilaterale, essa richiede il ricorso alla procedura legislativa ordinaria. Non è peraltro un caso che ad oggi ciò non sia mai avvenuto. Tradizionalmente, infatti, gli Stati membri sono poco propensi a “disancorare” il sistema UE di controlli all'esportazione dei beni a duplice uso da quello multilaterale, *inter alia* per l'impatto negativo che ciò avrebbe sulla competitività globale dell'industria europea di produzione di questi beni²⁶. Il sistema risulta quindi piuttosto rigido e rende complessa l'assunzione a livello UE di decisioni autonome in ordine all'istituzione di nuovi controlli uniformi in tutti gli Stati membri, se non in attuazione degli impegni internazionali.

Per contro, gli Stati membri restano liberi di decidere se sottoporre a licenza, sulla base di disposizioni nazionali, l'esportazione di alcuni prodotti non compresi nell'Allegato I, qualora essi risultino destinati in tutto o in parte ad uno degli usi sensibili di cui all'art. 4.1 del regolamento, segnatamente: a) uso connesso alla produzione, funzionamento, manutenzione, individuazione o movimentazione di armi di distruzione di massa o relativi missili vettori; b) scopo militare, se il Paese acquirente o di destinazione è soggetto ad embargo sugli armamenti; c) uso come parti o componenti di prodotti militari, i quali siano già stati esportati in violazione delle pertinenti disposizioni nazionali. Si tratta di una clausola omnicomprendensiva (c.d. *catch all-clause*), avente la funzione di consentire agli Stati membri di intercettare e controllare rischi di natura militare legati all'esportazione di qualunque bene non elencato, nel pieno esercizio delle proprie competenze sovrane e, generalmente, sulla base di un rapporto diretto con gli esportatori. In questo caso, gli Stati membri danno comunicazione delle misure adottate agli altri Stati membri e alla Commissione, i quali ne tengono debito conto.

²⁶ Cfr. da ultimo conclusioni del Consiglio europeo sul Libro bianco sul controllo all'esportazione, del 30 maggio 2024.

5. *Il controllo dell'esportazione di "tecnologie emergenti" nella riforma del 2021*

La cornice normativa qui esaminata si è nel tempo evoluta, onde in qualche modo rispondere all'esigenza di un impiego dello strumento del controllo delle esportazioni anche per finalità ulteriori rispetto a quelle tradizionali. Ciò è avvenuto attraverso la previsione, a partire dal 2021, di nuovi fondamenti normativi atti a giustificare l'applicazione di controlli nazionali alle esportazioni da parte degli Stati membri con riferimento a: i) le tecnologie di sorveglianza di massa che possono essere destinate a un uso connesso alla repressione interna e/o all'attuazione di gravi violazioni dei diritti umani o del diritto umanitario internazionale (art. 5 del regolamento); ii) altri beni e tecnologie a duplice uso, per motivi di pubblica sicurezza, inclusa la prevenzione di atti di terrorismo e il rispetto dei diritti umani (art. 9 del regolamento).

Le misure nazionali adottate sulla base di tali disposizioni possono interessare anche le cd. tecnologie emergenti, che siano ancora escluse dalle liste multilaterali – si pensi, ad esempio, a tecnologie quantistiche, intelligenza artificiale, semiconduttori avanzati, biotecnologie, ecc. – allorché uno Stato membro ospiti sul proprio territorio industrie coinvolte nella filiera di produzione e/o approvvigionamento delle stesse. La decisione se imporre restrizioni di questo tipo, pur autorizzata ai sensi della disciplina comune, resta, però, ancora una volta rimessa ai singoli Stati membri, con evidenti rischi in termini di frammentazione e vuoti di tutela. Meritevoli di particolare attenzione sono, quindi, i meccanismi di collaborazione previsti dal regolamento per entrambe le ipotesi.

Più precisamente, quanto alle tecnologie di sorveglianza di massa, lo Stato che istituisce un controllo nazionale ai sensi dell'art. 5 del regolamento è tenuto a fornire agli altri Stati membri e alla Commissione informazioni pertinenti sull'obbligo di autorizzazione imposto, che gli altri Stati membri devono tenere in debita considerazione. Se, entro un certo termine, tutti gli Stati membri notificano agli altri Stati membri e alla Commissione che è opportuno imporre un obbligo di autorizzazione per operazioni sostanzialmente identiche, la Commissione pubblica nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* le informazioni relative ai prodotti in questione e le destinazioni soggette agli obblighi. Si può creare, in questo modo, se tutti gli Stati membri sono d'accordo, una "lista europea" di prodotti di sorveglianza informatica la cui esportazione verso certe destinazioni è sottoposta a controllo negli Stati membri, senza necessariamente ricorrere all'adozione di atti da parte delle

istituzioni UE. È interessante notare che, ai sensi del regolamento, gli Stati membri devono valutare la possibilità di sostenere l'inclusione dei prodotti pubblicati in Gazzetta ufficiale negli opportuni regimi internazionali di non proliferazione e negli accordi internazionali di controllo delle esportazioni. Si prevede, così, un obbligo positivo di collaborazione nelle competenti sedi internazionali, per questa tipologia di prodotti e tecnologie²⁷.

Quanto ai controlli nazionali istituiti per motivi di pubblica sicurezza ai sensi del menzionato art. 9 del regolamento, vige un simile obbligo di informazione agli altri Stati membri e alla Commissione, comprensivo dell'indicazione precisa dei motivi dei controlli, ma opera poi un diverso meccanismo di "multilateralizzazione" delle misure nazionali. Di esse, infatti, la Commissione pubblica una nota informativa annuale contenente le "misure nazionali" nonché una "raccolta degli elenchi nazionali di controllo". Ciò consente agli altri Stati membri, a norma dell'art. 10 del regola-

²⁷ Già a partire dal 2012, la lista di beni di cui all'Intesa di Wassenaar era stata ampliata al fine di includervi alcune tecnologie informatiche (quali software di intrusione, meccanismi di controllo delle telecomunicazioni mobili, sistemi di sorveglianza delle reti IP) da sottoporre al regime di controllo delle esportazioni, onde evitarne usi indesiderati (c.d. *cyber-amendments*). Infatti, gli avvenimenti della c.d. "primavera araba" in alcuni Paesi del Nord Africa e del Medio Oriente hanno fatto emergere pubblicamente il fenomeno dell'utilizzo di tecnologie di sorveglianza informatica di produzione occidentale, da parte di governi autoritari o con bassi livelli di tutela dei diritti individuali e dello Stato di diritto. Emblematici furono gli scandali che coinvolsero alcune società europee, americane, canadesi, leader nella produzione di tali tecnologie, in relazione ad arresti di oppositori politici, atti di tortura e altre gravi violazioni dei diritti umani compiuti, ad esempio, in Libia, Siria, Iran, Egitto, Tunisia, attraverso tecnologie da esse fornite ai relativi governi. Oggi, la Cina è a sua volta produttore (oltre che utilizzatore) di tecnologie di avanguardia in questo ambito, che vengono esportate in molti Paesi dell'Africa e dell'Asia. Tale fenomeno ha generato una risposta a livello internazionale, rappresentata dal menzionato aggiornamento, tra il 2012 e il 2013, della lista dei beni a duplice uso di cui all'Intesa di Wassenaar. L'Unione europea ha di riflesso adeguato i propri elenchi di prodotti a duplice uso, per conformarsi alle modifiche intervenute a livello internazionale, v. regolamento delegato (UE) n. 1382/2014 della Commissione, del 22 ottobre 2014, che modifica il regolamento (CE) n. 428/2009 del Consiglio che istituisce un regime comunitario di controllo delle esportazioni, del trasferimento, dell'intermediazione e del transito di prodotti a duplice uso. V. anche raccomandazione (UE) 2024/2659 della Commissione, dell'11 ottobre 2024, relativa a orientamenti sull'esportazione di prodotti di sorveglianza informatica a norma dell'articolo 5 del regolamento (UE) 2021/821 del Parlamento europeo e del Consiglio. Su questi aspetti, M. KANETAKE, *The EU's Dual Use Export Control and Human Rights Risks: The Case of Cyber Surveillance Technology*, in *Europe and the World: a Law Review*, 2019, p. 16 ss.; M. BROMLEY, G. MALETTA, *The Challenge of Software and Technology Transfers to Non-proliferation Efforts, Implementing and Complying with Export Controls*, Stockholm, 2018.

to, di imporre obblighi di autorizzazione facendo riferimento agli elenchi nazionali di controllo pubblicati nella raccolta, senza dover necessariamente adottarne di propri²⁸. Nel 2023, molti Stati membri hanno adottato misure nazionali ai sensi di questa disposizione, anche per superare i blocchi del sistema multilaterale e spesso sulla base dei colloqui avvenuti in tali sedi. Il meccanismo è stato quindi per la prima volta attivato, con la pubblicazione del primo elenco europeo delle misure nazionali il 20 ottobre 2023²⁹.

Pare quindi possibile individuare l'esistenza di un obbligo degli Stati membri di tenere conto, *ex post*, delle misure adottate dagli altri Stati membri e, in ossequio al principio di leale collaborazione di cui all'art. 4.3 TUE, in qualche modo agire di conseguenza nell'ambito delle rispettive scelte nazionali, onde facilitare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla disciplina comune. La decisione finale, peraltro, dovrebbe restare una prerogativa dello Stato membro interessato, poco persuasiva essendo l'idea che il principio di leale collaborazione imponga ad uno Stato membro di allinearsi automaticamente a misure di controllo imposte da altri Stati membri, a ciò ostando *inter alia* lo stesso principio di uguaglianza degli Stati dinanzi ai Trattati, tutelato al secondo paragrafo del medesimo art. 4 TUE. Senza contare che le valutazioni che giustificano l'imposizione di una misura di controllo nazionale potrebbero talvolta non corrispondere a valutazioni di interesse comune.

Permangono però alcuni limiti al buon funzionamento dello strumento così istituito. Da un lato, la mancanza di una previa consultazione tra gli Stati membri in ordine all'impatto dei controlli nazionali sui mercati dei diversi Stati membri, sulle rispettive catene di approvvigionamento e sui rapporti con gli Stati terzi, potrebbe indurli a non allineare i rispettivi controlli, per la divergenza degli interessi nazionali. Dall'altro lato, non sono previsti termini temporali né lo Stato che ha originariamente applicato il controllo ha informazioni tempestive sulle misure adottate dagli altri Stati membri. Inoltre, non tutti gli Stati membri dispongono della base giuridica per adottare controlli nazionali a norma dell'articolo 9 e alcune leggi nazionali non

²⁸ Relazione della Commissione, del 30 gennaio 2025, al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione del regolamento (UE) 2021/821 che istituisce un regime dell'Unione di controllo delle esportazioni, dell'intermediazione, dell'assistenza tecnica, del transito e del trasferimento di prodotti a duplice uso, COM (2025) 19final, p. 10.

²⁹ Raccolta degli elenchi nazionali di controllo a norma dell'articolo 9, paragrafo 4, del regolamento (UE) 2021/821 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2021, che istituisce un regime dell'Unione di controllo delle esportazioni, dell'intermediazione, dell'assistenza tecnica, del transito e del trasferimento di prodotti a duplice uso.

consentono di adottare controlli pubblici e trasparenti a norma dell'articolo 10. In questi casi, gli Stati membri ricorrono a notifiche individuali agli esportatori. La situazione di scarsa trasparenza sulle misure attuate a livello nazionale rende molto difficile controllare l'efficacia del meccanismo. Ciò rende anche più che possibili i già menzionati fenomeni di "triangolazione" (o *forum shopping*) da parte degli esportatori, al fine di eseguire l'operazione di esportazione dal territorio degli Stati membri i cui ordinamenti sono meno restrittivi³⁰.

6. *Le proposte della Commissione nel Libro bianco sul controllo delle esportazioni e la reazione del Consiglio europeo*

Le criticità sopra evidenziate sono state oggetto di analisi da parte della Commissione europea nel già citato Libro bianco sul controllo delle esportazioni del febbraio 2024, che fa a sua volta seguito alla Strategia europea per la sicurezza economica, con la quale si è posta l'attenzione *inter alia* sulla necessità di un'azione più rapida e coordinata a livello dell'UE nel settore dei controlli delle esportazioni (ma anche degli investimenti in uscita), al fine di gestire i rischi di sicurezza tecnologica e di fuga di tecnologie critiche³¹.

All'esito dell'analisi svolta nel Libro bianco, la Commissione ha formulato quattro "risposte proposte", rivolte a rafforzare l'efficacia del quadro giuridico esistente nel breve termine, segnatamente: i) l'introduzione di nuovi controlli uniformi su prodotti che non è stato possibile inserire nelle liste multilaterali a causa della resistenza opposta dalla Federazione russa, attraverso la modifica dell'Allegato I al regolamento *dual-use*; ii) la creazione di un nuovo forum di alto livello sui controlli alle esportazioni, onde favorire il raggiungimento di posizioni comuni dell'UE, coordinando l'azione degli Stati membri sia a livello interno sia a livello internazionale; iii) l'adozione di una raccomandazione della Commissione che incentivi meccanismi di coordinamento preventivo tra gli Stati membri, attraverso la notifica agli altri Stati membri e alla Commissione stessa della volontà di istituire qualsiasi nuovo elenco nazionale di controllo, e la possibilità degli altri Stati membri di formulare osservazioni sull'elenco nazionale di controllo prospettato,

³⁰ Su tutti questi aspetti, v. Libro bianco, cit.

³¹ Cfr. comunicazione congiunta, del 24 gennaio 2024, al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sulla "strategia europea per la sicurezza economica", 20 giugno 2023, JOIN (2023) 20final. V. anche Libro bianco sugli investimenti in uscita, COM (2024) 24final.

qualora ritengano che l'elenco possa incidere sulla loro sicurezza pubblica; iv) l'anticipazione della valutazione sull'applicazione del regolamento *dual-use* al primo trimestre del 2025.

La posizione degli Stati membri rispetto a tali proposte emerge dalle successive conclusioni del Consiglio europeo sul Libro bianco sui controlli alle esportazioni del maggio 2024³². Al riguardo, si registra un generale *favor* per rafforzare la cornice di coordinamento reciproco tra gli Stati membri all'interno del quadro giuridico-istituzionale vigente, nel pieno rispetto, però, delle competenze nazionali in ordine all'introduzione di nuovi controlli. Sotto questo profilo, l'eventuale introduzione di nuovi controlli uniformi per tutti gli Stati membri non può che avvenire attraverso la modifica dell'Allegato I del regolamento *dual-use*, nei limiti quindi dell'ambito di applicazione dello stesso e secondo le procedure di cui al sopra citato art. 17 del regolamento³³. Inoltre, il rafforzamento del coordinamento tra gli Stati membri dovrebbe realizzarsi, secondo il Consiglio europeo, sfruttando appieno le potenzialità di organismi esistenti, quali il Gruppo di lavoro sul *dual-use* in seno al Consiglio (*Council Working Party on Dual Use Goods*), ma anche lo stesso Gruppo di coordinamento sui prodotti a duplice uso previsto dall'art. 24 del regolamento *dual-use* (presieduto dalla Commissione e al quale partecipa un rappresentante per ogni Stato membro), all'interno del quale è stato anche istituito un gruppo di esperti sulle tecnologie emergenti³⁴. Non risulta invece al momento in agenda l'idea della Commissione di istituire un nuovo forum di alto livello sulla politica di controllo delle esportazioni, il quale potrebbe costituire un primo passo verso una progressiva (e forse temuta) "centralizzazione" di alcune valutazioni e decisioni politiche in ordine all'istituzione dei controlli. Con favore è stata invece accolta la proposta di adottare una raccomandazione che incentivi meccanismi di coordinamento volontario preventivo delle misure nazionali, già recentemente attuata³⁵. Il meccanismo ha lo scopo di aumentare la trasparenza in merito all'adozione di nuovi elenchi nazionali di controllo da parte degli Stati membri, agevolando il coordinamento dei controlli tra gli Stati membri a norma degli articoli 9 e 10 del regolamento e consentendo alle autorità nazionali competenti di tenere conto dei rischi o degli effetti potenziali delle loro decisioni per gli altri Stati

³² Conclusioni sul Libro bianco sui controlli alle esportazioni, cit.

³³ *Ivi*, punti 1 e 2.

³⁴ *Ivi*, punti 3, 4 e 7.

³⁵ Raccomandazione UE 2025/683 della Commissione, del 16 aprile 2025, sul coordinamento degli elenchi nazionali di controllo.

membri e per l'Unione³⁶. Ci si muove, come è evidente, in una dimensione di collaborazione orizzontale tra Stati membri e tra essi e la Commissione, che non compromette le competenze nazionali e che, sostanzialmente, esclude l'accentramento di funzioni decisionali in capo all'Unione, salvo il ruolo di facilitazione del processo di coordinamento.

Qui, probabilmente, risiede il principale limite delle risposte immaginate dalla Commissione, che non paiono dotare l'Unione della capacità di elaborare autonomamente e in modo snello nuove liste di beni da sottoporre a controllo delle esportazioni in tutti gli Stati membri, bilanciando la competitività del mercato interno con le esigenze di sicurezza economica e militare dell'intera Unione. In questa direzione, pareva muoversi l'ipotesi, formulata invero in modo piuttosto "velato" dalla Commissione nel menzionato Libro bianco, di prevedere una *«disposizione giuridica supplementare per consentire l'introduzione di nuovi controlli comuni dell'UE in modo più rapido e snello, al di fuori dell'opzione della procedura legislativa ordinaria»*³⁷. Il punto, tuttavia, non è stato ripreso dalla stessa Commissione nelle citate "risposte proposte" e lo stesso Consiglio europeo ha scelto di non riscontrarlo, senza peraltro escludere, in futuro, una valutazione più completa del ruolo del controllo alle esportazioni nel quadro più ampio degli sforzi di attuazione della Strategia europea per la sicurezza economica, senz'altro sinergici rispetto alla disciplina in esame. In tale contesto, la Commissione ha già elaborato, insieme agli Stati membri, un elenco di tecnologie strategiche critiche per la sicurezza economica, rispetto alle quali è prevista una valutazione dei rischi congiunta, onde poi sviluppare le azioni necessarie ai vari livelli di governance³⁸.

7. *La difficile costruzione di una politica UE di controllo delle esportazioni e il ruolo del principio di leale collaborazione*

Dal lungo *excursus* che precede, pare emergere che gli strumenti giu-

³⁶ Libro bianco, cit., punto 5.3.

³⁷ *Ivi*, p. 10 (corsivo aggiunto).

³⁸ Cfr. raccomandazione (UE) 2023/2113 della Commissione, del 3 ottobre 2023, relativa ai settori tecnologici critici per la sicurezza economica dell'UE ai fini di un'ulteriore valutazione dei rischi con gli Stati membri. Le tecnologie che presentano i rischi più sensibili sono state selezionate sulla base di tre criteri: la natura abilitante e trasformativa di una tecnologia; il rischio di fusione militare-civile; il rischio di un uso improprio della tecnologia per violazioni dei diritti umani.

ridici attualmente esistenti nell'ambito del controllo delle esportazioni dei beni a duplice uso non consentono di elaborare compiutamente una vera e propria politica UE del controllo delle esportazioni, fornendo una risposta unitaria dell'Unione alle molte sfide poste dall'attuale contesto internazionale, in assenza della capacità della stessa Unione di imporre, come fanno altre potenze, controlli uniformi svincolati dai sistemi multilaterali, e di valutare i rischi e i benefici degli stessi in una prospettiva UE e non meramente nazionale. Intendiamoci, una tale evoluzione rappresenterebbe un'ulteriore "forzatura" al sistema delle competenze voluto dai Trattati, consentendo all'Unione di esercitare in modo ancor più incisivo poteri che, più correttamente, andrebbero, almeno in parte, imputati alle competenze e procedure PESC, come del resto si era ritenuto alle origini della disciplina in esame (*supra*, par. 3). Oggi, peraltro, le ragioni di sicurezza economica, che si aggiungono a quelle di natura militare già incorporate nel regolamento, parrebbero più idonee ad essere gestite nell'ambito delle competenze commerciali, finanche forse legittimando un più marcato accentramento dei poteri decisionali relativi ai controlli a livello UE. Al tempo stesso, in molti casi, le valutazioni di sicurezza economica si intrecciano con quelle di sicurezza militare dell'Unione e, allo stesso modo di queste ultime, possono incidere sulle competenze degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale³⁹.

In questa prospettiva, meglio si comprende perché lo sforzo di elaborare progressivamente un approccio comune ai rischi connessi alle esportazioni delle tecnologie emergenti avvenga, prevalentemente, attraverso strumenti di diritto soffice e meccanismi di cooperazione orizzontale tra Stati membri, in linea con il permanere delle menzionate competenze nazionali in ordine alle decisioni che riguardano la sicurezza, così come la politica industriale, nazionale. Il ruolo delle competenze UE in materia commerciale resta, in questi casi, prevalentemente quello di coordinare le politiche nazionali degli Stati membri nelle materie da essi gelosamente custodite. In questa dinami-

³⁹ Ciò emerge anche dal fatto che la cd. Strategia europea per la sicurezza economica prevede, se del caso, la collaborazione della Commissione con l'Alto Rappresentante, laddove, ad esempio, la fuga di tecnologie rischia non solo di pregiudicare la competitività dell'industria europea, ma anche di rafforzare le capacità militari/di intelligence di coloro che potrebbero utilizzarle per minare la pace e la sicurezza internazionale, in particolare per le tecnologie ad alto potenziale di fusione civile-militare (cfr., al riguardo, anche la raccomandazione citata alla nota precedente). In questi casi, la valutazione dei rischi richiede particolare attenzione, il controllo delle esportazioni diviene strumento utile a tutelare entrambe gli interessi, e le relative misure impattano sulle competenze nazionali. Cfr., Strategia europea per la sicurezza economica, cit.

ca, il principio di leale collaborazione pare destinato a svolgere un ruolo fondamentale per promuovere un'azione UE, per quanto possibile, unitaria ed efficace, rafforzando in particolare gli obblighi di coordinamento reciproco alle, e tra le, "periferie" del sistema, onde consentire all'Unione di realizzare, indirettamente, obiettivi di sicurezza comune⁴⁰.

Scontato è richiamare, al riguardo, quanto già avviene in materia di screening degli investimenti esteri diretti ai sensi del regolamento (UE) 2019/452. Tale strumento, infatti, pur riconoscendo la necessità di non pregiudicare «*la responsabilità esclusiva degli Stati membri per quanto riguarda la tutela della loro sicurezza nazionale [...] degli interessi essenziali della [loro] sicurezza, in conformità dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE*», stabilisce un meccanismo (in questo caso vincolante) di notifica preventiva tra Stati membri e tra essi e la Commissione europea, in forza del quale gli Stati membri sono obbligati a tenere conto delle osservazioni ricevute da altri Paesi membri o dalla Commissione europea, pur restando responsabili della decisione finale sull'investimento⁴¹. L'obbligo di leale cooperazione di cui all'articolo 4.3 TUE parrebbe infatti imporre allo Stato interessato di prendere in considerazione le esigenze manifestate dagli altri Stati membri e dalla Commissione europea, anche quando agisce nell'ambito di scelte che restano di competenza nazionale⁴².

Su questo modello, la procedura di coordinamento volontario *preventivo* delle misure nazionali, e relativo scambio di informazioni tra Stati mem-

⁴⁰ Sulla idoneità del principio di leale collaborazione a creare uno spazio di cooperazione, talvolta anche oltre i confini del principio di attribuzione, v. F. CASOLARI, *Leale cooperazione*, cit., p. 109 ss. Sul perseguimento di obiettivi tipici della PESC in molte politiche disciplinate nel TFUE, e la relativa progressiva formazione di una dimensione sovranazionale della sicurezza nell'ambito del processo di integrazione, si vedano, ad esempio, E. KASSOTI, R. A. WESSEL, *Strategic autonomy: the legal contour of a security policy construct*, in EFAR, 2023, p. 305 ss., F. HOFFMEISTER, *Strategic Autonomy in the European Union External Relations Law*, in CMLR, 2023, p. 667 ss.; F. CASOLARI, *Supranational Security and National Security in Light of the EU Strategic Autonomy Doctrine: The EU-Member States Security Nexus Revisited*, in *European Foreign Affairs Review*, 2023, p. 323 ss.; M. E. BARTOLONI, *Disciplina dei Trattati e prassi evolutiva nelle relazioni internazionali dell'Unione europea*, in DUE, 2022, p. 583.

⁴¹ Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, art. 1.3 (corsivo aggiunto). Con riferimento ai controlli alle esportazioni, pare suggerire l'esistenza di un obbligo di concertazione preventiva delle misure nazionali a livello UE, sulla base della competenza esclusiva dell'Unione in materia commerciale e dell'obbligo di leale collaborazione, già S. POLI, *Reinforcing Europe's Technological Sovereignty Through Trade Measures*, cit., p. 443.

⁴² Regolamento (UE) 2019/452, cit., considerando nn. 17 e 19.

bri e con la Commissione UE, con riferimento alle decisioni nazionali inerenti i nuovi controlli alle esportazioni, agevola la condivisione delle ragioni poste alla base delle misure nazionali, con conseguenze positive sull'efficacia del sistema di "multilateralizzazione" delle stesse a livello UE. Ben vengano, quindi, le citate raccomandazioni della Commissione appena adottate, auspicabilmente candidate a divenire, in futuro, strumento vincolante (*supra*, par. 6). Di una tale disciplina, sino ad ora, non si era avvertita l'esigenza, forse anche in ragione dell'esistenza della cornice multilaterale che pareva idonea a garantire da sola il perseguimento di obiettivi di sicurezza condivisi da tutti gli Stati membri. Oggi, la situazione internazionale impone il rafforzamento delle capacità decisionali indipendenti del "blocco" anche in altre prospettive, sfruttando tutte le opportunità che i diversi ordinamenti, nazionali e UE, possono offrire. Per il futuro, non possiamo escludere che, se vi saranno le condizioni, occorrerà fare anche... qualcosa di più.

Abstract (ita)

Il controllo dell'esportazione di beni a duplice uso è tradizionalmente rivolto a gestire la minaccia alla sicurezza rappresentata dal rischio di natura militare. Più di recente, esso è divenuto anche uno dei principali strumenti giuridici attraverso i quali si consuma la contrapposizione tra potenze per il dominio tecnologico globale. A livello europeo, nonostante la presenza di una disciplina *prima facie* uniforme del regime di controllo delle esportazioni dei beni a duplice uso, basata sul regolamento 821/2021, si è invero assistito ad un approccio piuttosto frammentario da parte degli Stati membri, con riferimento al più recente fenomeno del controllo delle esportazioni di cd. tecnologie emergenti. Il contributo ricostruisce i principali aspetti della governance internazionale ed europea del settore, onde individuarne i limiti e le potenzialità rispetto alle sfide dell'attuale contesto internazionale, alla luce della ripartizione delle competenze tra UE e Stati membri. Ne emerge che gli strumenti giuridici attualmente esistenti paiono non consentire all'Unione di elaborare compiutamente una politica UE del controllo delle esportazioni, in assenza della capacità di imporre controlli uniformi svincolati dai sistemi multilaterali, e di valutarne i rischi e i benefici in una prospettiva comune. Per contro, è chiaro lo sforzo volto ad elaborare un approccio condiviso ai rischi connessi alle esportazioni delle tecnologie emergenti, attraverso strumenti di diritto soffice e meccanismi di cooperazione orizzontale tra Stati membri, rafforzati dall'obbligo di leale collaborazione, in linea con il permanere di ampie competenze nazionali in ordine alle decisioni che riguardano la sicurezza, così come la politica industriale, nazionale.

Abstract (eng)

The export control of dual-use goods has traditionally aimed at managing the threat to security deriving from military risks. More recently, it has also become one of the main legal tools through which powers contend global technological dominance among themselves. At EU level, despite a *prima facie* uniform discipline for the export control of dual-use goods, based on Regulation 821/2021, Member States have shown a rather fragmented approach to the export control of so-called "emerging technologies". This contribution analyses the main aspects of the international and EU governance in the sector, in order to identify its limits and potential with respect to the challenges posed by the current international context, in light of the division of competences between the EU and Member States. The

conclusion is that existing legal instruments seem to preclude the Union to fully develop a EU export control policy, in the absence of the ability to impose uniform controls, independently from multilateral systems, and to assess their risks and benefits in a common perspective. At the same time, it is clear the effort to develop a shared approach to the risks associated with the export of emerging technologies, through soft law instruments and mechanisms of horizontal cooperation between Member States, strengthened by the obligation of loyal cooperation, in line with the persistence of broad national competences regarding decisions concerning national security as well as industrial policy.

IL REGOLAMENTO 2019/452 CHE ISTITUISCE UN QUADRO PER LO SCREENING DEGLI INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI: UNO STRUMENTO IN EVOLUZIONE

Giulia D'Agnone*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ambito di applicazione della disciplina sullo *screening* degli investimenti: *piercing the corporate veil*? – 3. Il ruolo della Commissione tra tentativi di centralizzazione del controllo e decentralizzazione delle procedure. – 4. Verso un ordine pubblico europeo? – 5. Spunti conclusivi: centralizzazione e decentralizzazione della nuova proposta di modifica della disciplina sul monitoraggio degli investimenti esteri.

1. *Introduzione*

Il regolamento 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti (IED)¹ ha rappresentato una grande novità nella politica economica e commerciale europea, fino alla sua entrata in vigore indiscriminatamente aperta ai flussi economici derivanti dalla globalizzazione².

* Ricercatrice di tipo b) in Diritto dell'Unione europea, Scuola di Giurisprudenza, Università di Camerino. Il presente scritto costituisce la versione scritta e rielaborata della relazione presentata al Seminario del Forum AISDUE "Proiezione internazionale dell'Unione europea" (PIUE) *Temi di attualità nelle relazioni esterne dell'UE* svoltosi a Pisa il 24 ottobre 2024, e raccoglie molti dei generosi spunti offerti da amici e colleghi in tale occasione, ai quali l'Autrice esprime sinceri ringraziamenti.

¹ Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, di seguito anche solo il "regolamento".

² S. POLI, *Reinforcing Europe's Technological Sovereignty Through Trade Measures: The EU and Member States' Shared Sovereignty*, in EP, vol. 8, n. 2, 2023, p. 429 ss.; S. POLI, D. GALLO, *Enhancing European Technological Sovereignty: The Foreign Investment Screening Regulation and Beyond*, in K. ARMSTRONG, J. SCOTT, A. THIES (eds.), *Eu External Relations and the Power of Law: Liber Amicorum in Honour of Marise Cremona*, Oxford, 2024, p. 215 ss.; D. GALLO, *Ordine giuridico del mercato 2.0 e Unione europea*, in EJ, 2023, p. 136 ss., reperibile online; M. MISRA, *Thinking Past Naivete: Investment Screening by the EU as a Problem of (Mis)trust in International Relations*, in EFAR, 2023, p. 117 ss.; S. ROBERT, *Foreign Investment Control Procedures as a Tool to Enforce EU Strategic Autonomy*, in EP, vol. 8, n. 2, 2023, p. 513 ss., reperibile online; T. VERELLEN, A. HOFER, *The Unilateral Turn in EU Trade and Investment Policy*, in EFAR, 2023, p. 1 ss., reperibile online; D. GALLO, *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri*, in Atti convegni AISDUE, 2022, p. 194 ss.; M.

L'atto di diritto derivato ha infatti segnato una svolta nell'approccio europeo a tale ultimo fenomeno, in ragione delle accresciute tensioni geopolitiche e dei rapidi cambiamenti tecnologici verificatisi negli ultimi anni³. Il regolamento sul monitoraggio degli investimenti non ha tuttavia inteso invertire il senso di marcia, bensì solo correggerlo, confermando il precedente approccio di apertura economica e al contempo, però, mirando a ridurre i rischi derivanti da alcuni flussi economici, e quindi la sicurezza economica nell'Unione europea. Esso si iscrive, d'altronde, nell'ambito di una più ampia strategia delle istituzioni europee con l'obiettivo di dar vita ad un'effettiva autonomia strategica europea⁴, intesa come «la capacità dell'Unione

BLUNGENBERG, F. BLANDFORD, *Investment Screening – A New Era of European Protectionism?*, in M. HAHN, G. VAN DER LOO (eds.), *Law and Practice of the Common Commercial Policy: The First 10 Years after the Treaty of Lisbon*, Leiden, 2021, p. 161 ss.; C. HERRMANN, M. HOFFMANN, *Investment in the European Union: Competences, Structures, Responsibility and Policy*, in J. CHAISSE, L. CHOUKROUNE, S. JUSOH (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policies*, Singapore, 2021, p. 2213 ss.; L. LONARDO, *EU Law Against Hybrid Threats: A First Assessment*, in EP, 2021, p. 1075 ss., reperibile online; M. NETTESHEIM, *Screening for What Threat: Preserving “Public Order and Security”, Securing Reciprocity in International Trade, or Supporting Certain Social, Environmental, or Industrial Policies?*, in S. HINDELAND, A. MOBERG (eds.), *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions: A Common European Law on Investment Screening (CELIS)*, 2020, p. 481 ss.; S. SIMON, *Investment Screening: The Return of Protectionism? A Political Account*, in S. HINDELAND, A. MOBERG (eds.), *op. cit.*, p. 43 ss.; J. WARCHOL, *The Birth of the EU Screening Regulation*, in S. HINDELAND, A. MOBERG (eds.), *op. cit.*, p. 53 ss.; B. T. DANIEL, *Comment on “In Search for an EU Competence to Establish an Investment Screening Mechanism and Restricting Effects Flowing from Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and Other EU Primary Law”*, in S. HINDELAND, A. MOBERG (eds.), *op. cit.*, p. 467 ss.; M. CREMONA, *Regulating FDI in the EU Legal Framework*, in J.H.J. BOURGEOIS (ed.), *EU Framework for Foreign Direct Investment Control*, The Hague, 2020; S. HINDELAND, A. MOBERG, *The Art of Casting Political Dissent in Law: The EU's Framework for the Screening of Foreign Direct Investment*, in CMLR, 2020, p. 1427 ss., reperibile online; A. DIMOPOLOUS, *European Union*, in M. KRAJEWSKI, R. T. HOFFMANN (eds.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, 2019, p. 434 ss.; J. DE KOK, *Towards a European Framework for Foreign Investment Reviews*, in ELR, 2019, p. 24 ss.; G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in RRM, 2019, p. 2 ss., reperibile online; J. SNELL, *EU Foreign Direct Investment Screening: Europe qui protegee?*, in ELR, 2019, p. 137 ss.; S. VELLUCCI, *The New Regulation on the Screening of FDI: The Quest for a Balance to Protect EU's Essential Interests*, in DCI, 2019, p. 123 ss., e l'ulteriore dottrina citata successivamente.

³ V. documento di riflessione sulla gestione della globalizzazione COM (2017) 240final della Commissione europea, p. 15.

⁴ *Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe A Global Strategy for the European Union's Foreign And Security Policy*, June 2016. V. al riguardo M. E. BARTOLONI, *La politica*

Europea di agire in autonomia – cioè senza essere dipendente da altri paesi – in ambiti politici strategicamente importanti [...] dalla difesa all'economia, alla capacità di sostenere i valori democratici»⁵, preservando al contempo un'economia aperta⁶.

Che il regolamento costituisse solo una prima tappa di un graduale processo di monitoraggio dei flussi di investimento dall'estero era chiaro sin dall'inizio⁷; la necessità di un'immediata revisione dello stesso si è tuttavia palesata a seguito dell'emergenza causata dalla diffusione del Covid-19 e del deterioramento degli equilibri geopolitici mondiali. Tali eventi hanno riportato al centro del dibattito la questione della sicurezza e dell'ordine pubblico nell'Unione europea, nonché l'opportunità di una nuova stretta agli investimenti esteri potenzialmente idonei a minare questi ultimi due.

Per tali motivi, il 20 giugno 2023 la Commissione europea ha presentato la sua comunicazione sulla Strategia europea per la Sicurezza Economica⁸ che intende rafforzare l'Autonomia Strategica Aperta dell'Unione europea, intesa come «scelta strategica, ma anche una mentalità per i responsabili politici», basata «sull'importanza dell'apertura, ricordando l'impegno dell'UE a favore di scambi commerciali aperti ed equi con catene globali del valore ben funzionanti, diversificate e sostenibili»⁹.

In attuazione della comunicazione, il 24 gennaio 2024 la Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento con l'obiettivo di rafforzare la normativa relativa agli investimenti esteri diretti e a risolvere alcune

di sicurezza e di difesa comune dell'UE: verso un'"autonomia strategica" o "strategie in autonomia"?, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2022, p. 45 ss.

⁵ Così è sintetizzato dal Servizio ricerca del parlamento europeo nel documento *EU strategic autonomy 2013-2023 From concept to capacity*, July 2022; documento consultabile al sito [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733589/EPRS_BRI\(2022\)733589_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733589/EPRS_BRI(2022)733589_EN.pdf).

⁶ V. in tal senso la Riunione straordinaria del Consiglio europeo (1 e 2 ottobre 2020) – Conclusioni EUCO 13/20, del 2 ottobre 2020, par. 3.

⁷ T. VERELLEN, *When Integration by Stealth Meets Public Security: The EU Foreign Direct Investment Screening Regulation*, in *LIEI*, 2021, p. 19 ss.

⁸ Comunicazione congiunta JOIN (2023) 20final al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sulla "Strategia europea per la sicurezza economica", del 20 giugno 2023.

⁹ Comunicazione della Commissione, COM (2021) 66final, del 18 febbraio 2021, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni EMPTI Riesame della politica commerciale – Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva, par. 2.1.

criticità della disciplina rilevate a poco più di tre anni di applicazione¹⁰, da ultimo anche dalla Corte dei Conti¹¹.

Pur nella consapevolezza che la proposta di atto avanzata dalla Commissione sarà verosimilmente soggetta a modifiche – più o meno incisive – da parte dei due colegislatori, il presente contributo intende verificare se, e in che modo, essa sia in grado di colmare alcune delle più evidenti lacune che caratterizzano l'attuale disciplina sullo *screening* degli investimenti e a mettere in luce i principali tratti di novità della stessa.

Tre sono i profili sui quali ci si soffermerà: il primo riguarda l'ambito di applicazione del regolamento e della nuova proposta di modifica dello stesso (par. 2); il secondo intende mettere in luce il (limitato) ruolo della Commissione e, più in generale, dell'*enforcement* della disciplina prevista nel 2019 e le prospettive di un accrescimento della centralizzazione del controllo in capo a detta istituzione (par. 3). Pur essendo strettamente connesso a tale secondo problema, ci si occuperà anche di un ulteriore profilo, ossia quello della possibile emersione del concetto di sicurezza e di ordine pubblico europeo, nell'accezione che sarà a breve esposta (par. 4). Seguiranno alcune riflessioni conclusive.

2. *L'ambito di applicazione della disciplina sullo screening degli investimenti: piercing the corporate veil?*

L'attuale sistema di monitoraggio degli investimenti ha ad oggetto esclusivamente gli investimenti esteri diretti, definiti dallo stesso regolamento quali «investment[i] di qualsiasi tipo da parte di un investitore estero intes[i] a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero e l'imprenditore o l'impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato membro, compresi gli investi-

¹⁰ Proposta di regolamento COM (2024) 23final del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 gennaio 2024, relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione, che abroga il regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio. Tra i primi commenti alla proposta, in particolare nell'ottica del rispetto del principio di sussidiarietà, v. D. GALLO, *La recente proposta della Commissione sul controllo degli investimenti esteri diretti, il principio di sussidiarietà e il Parlamento italiano*, in *EJ*, 2024, p. 148 ss., reperibile online.

¹¹ Relazione speciale n. 27/2023 della Corte dei Conti europea, Controllo degli investimenti diretti esteri nell'UE.

menti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un'attività economica»¹².

Il regolamento si applica a tutti i settori dell'economia e non è soggetto ad alcuna soglia, in quanto la necessità di controllare un'operazione è indipendente dal valore della stessa¹³.

Sono invece esclusi dall'attuale disciplina gli investimenti finanziari c.d. di portafoglio, dalla Corte di giustizia dell'Unione identificati come quegli investimenti implicanti «l'acquisto dei titoli sul mercato dei capitali effettuato soltanto per realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influenzare la gestione dell'impresa» (c.d. società *target*)¹⁴. Peraltro, l'art. 2 del regolamento non ne fornisce una definizione ai fini della disciplina da esso introdotta, né tantomeno rinvia alla giurisprudenza della Corte: congiuntamente o, almeno, alternativamente le attività sarebbero state senza dubbio opportune ai fini di una più esatta delimitazione dell'ambito di applicazione dell'atto, o quantomeno di un approccio sistemico al settore di competenza materiale¹⁵.

Risultano altresì esclusi gli investimenti c.d. *greenfield*, i quali non costituiscono investimenti esteri diretti poiché realizzati e condotti per mezzo della costituzione di una nuova società o di una filiale europea. Tali investimenti, perciò, nonostante il chiaro assetto proprietario transfrontaliero, non sono inclusi nell'attuale disciplina europea. Si tratta, in questo caso, di una lacuna assai rilevante nella normativa europea, che rischia di vanificare o comunque di escludere un'ampia parte degli investimenti esteri nell'UE dal regime di controllo. Proprio al riguardo la Corte dei Conti europea, nella già citata relazione del 2023, ha evidenziato rispetto alla disciplina in essere l'esistenza di un «[r]ischio che le restrizioni costituiscano un mezzo di discriminazione arbitraria e che le stesse norme non siano applicate allo

¹² Art. 2 del regolamento 2019/452, cit. Sul tema v. in particolare L. S. OTTO, *What Is a Foreign Direct Investment? Understanding Third Country Direct Investments Conceptually and in Practise*, in S. HINDELANG, A. MOBERG (eds.), *op. cit.*, p. 507 ss.

¹³ V. in tal senso comunicazione della Commissione (2020/C 99 I/01) del 26 marzo 2020 Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452 (regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti).

¹⁴ Cfr. Corte giust. 28 settembre 2006, C-282/04 e C-283/04, *Commissione/Paesi Bassi*, punto 19.

¹⁵ Il regolamento si limita infatti, al nono considerando, a specificare che l'atto «non dovrebbe tuttavia riguardare gli investimenti di portafoglio». Similmente anche la nuova proposta di regolamento, al considerando n. 16.

stesso modo a situazioni comparabili» enfatizzando come per tale via «vi sia un'esposizione persistente ai rischi inerenti a investimenti esteri realizzati attraverso acquisizioni intra-UE (e mediante i quali un paese terzo finisce per controllare un'entità dell'UE)»¹⁶.

La Corte di giustizia, interrogata a fronte del divieto, da parte del Ministro ungherese competente, di un'acquisizione da parte di una società con sede in Ungheria ma sottoposta a controllo estero¹⁷, della totalità delle quote di un'altra società di diritto ungherese attiva nell'estrazione mineraria di talune materie prime di base (e considerata, quindi, una società "strategica")¹⁸, ha adottato un approccio strettamente formalistico. La Corte del Kirchberg ha infatti statuito che «l'ambito di applicazione del regolamento 2019/452 è limitato agli investimenti nell'Unione effettuati da imprese costituite o comunque organizzate conformemente alla legislazione di un paese terzo»¹⁹, escludendo perciò un'interpretazione dell'atto funzionalmente orientata a un effettivo monitoraggio degli investimenti esteri nell'Unione che, per tale via, permetta l'applicazione del regolamento anche a società costituite in uno Stato membro da investitori extra-europei.

In realtà, il *favor* – tanto del legislatore europeo quanto della Corte di

¹⁶ Corte dei Conti europea, Controllo degli investimenti diretti esteri nell'UE, cit., p. 22.

¹⁷ Più precisamente la società Xella fa parte di un gruppo societario con capogruppo avente sede alle Bermuda e appartenente, in ultima istanza, a un cittadino irlandese.

¹⁸ Corte giust. 13 luglio 2023, C-106/22, *Xella Magyarország*. La Corte è stata infatti investita di due questioni pregiudiziali: ai fini dell'analisi di cui al presente paragrafo, quella rilevante è senza dubbio la prima, che ha visto il giudice del rinvio interrogarsi, in sostanza, «se l'articolo 65, paragrafo 1, lettera b), TFUE, letto in combinato disposto con i considerando 4 e 6 del regolamento 2019/452 nonché con l'articolo 4, paragrafo 2, TUE, debba essere interpretato nel senso che osta a un meccanismo di controllo degli investimenti esteri previsto dalla normativa di uno Stato membro che consente di vietare l'acquisizione della proprietà di una società residente considerata come strategica da parte di un'altra società residente facente parte di un gruppo di società stabilite in più Stati membri, in cui una società di un paese terzo dispone di un'influenza maggioritaria, con la motivazione che tale acquisizione pregiudica o rischia di pregiudicare l'interesse nazionale consistente nel garantire la sicurezza dell'approvvigionamento a vantaggio del settore edile, in particolare a livello locale, per quanto riguarda materie prime di base, quali la ghiaia, la sabbia e l'argilla» (v. punto 27 della sentenza).

¹⁹ *Xella Magyarország*, sopra citata, punto 32. La Corte ha quindi escluso la rilevanza di altre disposizioni del regolamento, come ad esempio l'art. 4, par. 2, lett. a), e l'art. 9, par. 2, lett. a), le quali ammettono che l'assetto proprietario dell'investitore estero può essere preso in considerazione come fattore nella valutazione del potenziale rischio per la sicurezza o l'ordine pubblico posto dall'investimento di cui trattasi, possano superare il dato testuale dell'art. 2 (v. punti 35-37 della sentenza).

giustizia – per criteri formali piuttosto che sostanziali di determinazione della nazionalità delle persone giuridiche non sorprende²⁰. Gli stessi Trattati prediligono tali criteri, conformemente anche all’approccio seguito nel diritto internazionale²¹: si pensi all’art. 54 TFUE, relativamente al quale è stato osservato come «la “nazionalità” di una società dipende unicamente dalla sua sede sociale, mentre la nazionalità degli azionisti è irrilevante»²². Lo stesso art. 2, n. 7, del regolamento 2019/452 adotta una definizione di “impresa di un paese terzo” facendo ricorso a criteri formali²³.

Seppur implicante un’analisi indubbiamente più complessa²⁴, la valorizzazione di *criteria individuationis* della nazionalità delle persone giuridiche basati su criteri sostanziali – primo tra tutti il controllo – garantisce la possibilità di sottoporre a monitoraggio anche gli investimenti effettuati per il tramite di imprese locali, i quali altrimenti, pur costituendo una prassi piut-

²⁰ V. ad esempio la statuizione per cui «Per le società, è importante rilevare in questo contesto che la loro sede nel senso summenzionato serve per determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all’ordinamento giuridico di uno Stato. Ammettere che lo Stato membro di stabilimento possa liberamente riservare un trattamento diverso per il solo fatto che la sede di una società si trova in un altro Stato membro svuoterebbe quindi di contenuto questa disposizione», Corte giust. 28 gennaio 1986, 270/83, *Commissione/Francia*, punto 18. V. anche 13 luglio 1993, C-330/91, *Commerzbank*, punto 13.

²¹ Sia consentito rinviare a G. D’AGNONE, *Determining the Nationality of Companies in ICSID Arbitration*, in A. ANNONI, S. FORLATI (eds.), *The Changing Role of Nationality in International Law*, Routledge, 2013, p. 153 ss.

²² Conclusioni dell’Avv. gen. Čapeta, del 30 marzo 2023, C-106/22, *Xella Magyarország*, par. 39. V. anche i punti 45 e 46 della relativa sentenza, in cui si afferma che «si deve ricordare, da un lato, che la localizzazione della sede sociale, dell’amministrazione centrale o del centro di attività principale di cui all’articolo 54 TFUE serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all’ordinamento giuridico di uno Stato. Dall’altro, da nessuna disposizione del diritto dell’Unione risulta che la provenienza degli azionisti delle società residenti nell’Unione, siano essi persone fisiche o giuridiche, incida sul diritto di tali società di esercitare la libertà di stabilimento. Lo status di società dell’Unione si fonda, in virtù dell’articolo 54 TFUE, sul luogo della sede sociale e sull’ordinamento giuridico di appartenenza della società, e non sulla nazionalità dei suoi azionisti».

²³ Si fa infatti riferimento a «un’impresa costituita o comunque organizzata conformemente alla legislazione di un paese terzo». Una verifica dell’effettivo assetto proprietario societario emerge invece allorché il regolamento del 2019 prevede che gli Stati membri possono adottare misure per identificare e prevenire l’elusione del meccanismo di *screening* (art. 3, par. 6).

²⁴ Non sembrerebbe infatti potersi stabilire a priori quando un investitore ha acquistato quote azionarie o voti sufficienti ad acquisire il controllo, ma sarà necessario stabilirlo caso per caso; v. S. HINDELANG, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, Oxford, 2009, pp. 68-71.

tosto frequente in ambito commerciale, contraddittoriamente ne rimangono esclusi lasciando così dei coni d'ombra nella disciplina sullo *screening* degli investimenti esteri²⁵.

Proprio l'esigenza di attribuire rilievo alla nazionalità effettiva delle imprese, attraverso la valorizzazione della catena di controllo societario, rappresenta uno dei motivi che hanno indotto la Commissione a modificare, nella nuova proposta di regolamento sul monitoraggio degli investimenti, l'ambito di applicazione del meccanismo di controllo, estendendolo anche agli «investimenti effettuati tra Stati membri, laddove l'investitore in uno Stato membro sia controllato, direttamente o indirettamente, da un soggetto estero, a prescindere dal fatto che il titolare effettivo sia ubicato nell'Unione o altrove»²⁶.

La proposta di regolamento che dovrebbe modificare quello del 2019 estende perciò il suo ambito di applicazione anche ad investimenti intra-UE con controllo estero, che l'art. 2 definisce come un «investimento di qualsiasi tipo effettuato da un investitore estero attraverso la propria impresa figlia nell'Unione, inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero e un destinatario dell'Unione, esistente o da costituire, al quale l'investitore estero mette a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato membro».

Tale modifica sembrerebbe quindi offrire una soluzione definitiva al rischio di un trattamento arbitrario tra situazioni comparabili di investimento, a seconda che si tratti di investitori intra-UE o extra-UE.

Senonché, le modalità di determinazione dell'elemento del controllo non paiono del tutto chiare. Per stabilire se un investimento è sottoposto a controllo estero, infatti, la proposta fa riferimento alla nozione di «impresa figlia»²⁷, che lo stesso art. 2 della proposta individua come un'impresa economicamente attiva costituita secondo le leggi di uno Stato membro, controllata direttamente o indirettamente da un investitore estero. Ebbene, per

²⁵ Dalla relazione di valutazione che accompagna la proposta risulta infatti che tra il 2019 e la prima metà del 2023, le entità straniere hanno investito utilizzando le loro filiali dell'UE nel 31% delle acquisizioni e nel 28,2% degli investimenti *greenfield*, un volume non trascurabile di transazioni attualmente non sottoposte al meccanismo di cooperazione, v. Commission Staff Working Document SWD (2024) 24final, p. 7.

²⁶ COM (2024) 23final, cit., considerando n. 10.

²⁷ «[U]n investimento di qualsiasi tipo effettuato da un investitore estero attraverso la propria impresa figlia nell'Unione, inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero e un destinatario dell'Unione, esistente o da costituire, al quale l'investitore estero mette a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato membro», v. art. 2, par. 3, della proposta di regolamento.

verificare il rapporto di “filiazione” tra due imprese, l’art. 2, co. 1, n. 7, della proposta di regolamento rimanda all’art. 22, par. 1, della direttiva 2013/34²⁸. Quest’ultima disposizione fa uso di diversi criteri, quali la maggioranza dei diritti di voto; la capacità di nomina o revoca della maggioranza dei membri di organi gestori; l’esistenza di un’influenza dominante in virtù di contratti o clausole statutarie; la partecipazione in qualità di socio o azionista dell’impresa figlia e, alternativamente, la nomina della maggioranza degli organi di governance in virtù del solo esercizio del diritto di voto o il controllo della maggioranza dei diritti di voto per mezzo di un accordo con altri soci o azionisti.

Tali criteri, che dunque determinano il rapporto di filiazione tra due imprese, in realtà sono altresì elementi del controllo che può essere esercitato dall’una sull’altra; controllo che, tuttavia, è indicato come un elemento aggiuntivo a quello della filiazione dall’art. 2 della proposta, senza essere dallo stesso definito²⁹. Così le due nozioni, quella di controllo e di impresa figlia, sembrano almeno parzialmente sovrapponibili, e non risulta del tutto chiaro il rapporto tra di esse.

Ci si potrebbe peraltro domandare se, nell’attesa dell’adozione del nuovo regolamento, la cui proposta al momento, a seguito dei pareri resi dal Comitato economico e sociale³⁰ e dal Comitato europeo delle Regioni³¹, risulta ferma da diversi mesi in seno al Consiglio³², non possa essere attribuito un ruolo maggiore all’elemento del controllo rispetto ai criteri formali. L’interrogativo si pone, evidentemente, alla luce del mutato contesto geopolitico, soprattutto a livello commerciale.

²⁸ Direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativa ai bilanci d’esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recante modifica della direttiva 2006/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e abrogazione delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE del Consiglio.

²⁹ V. ad esempio la direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE (rifusione) la quale disegna un perimetro ben preciso per l’identificazione di una “partecipazione qualificata”, indicando al riguardo la partecipazione in un’impresa di investimento, diretta o indiretta, non inferiore al 10% del capitale sociale o dei diritti di voto di cui agli articoli 9 e 10 della direttiva 2004/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, art. 4, par. 1, n. 31.

³⁰ Parere del Comitato economico e sociale EESC 2024-01434, del 10 luglio 2024.

³¹ Parere del Comitato europeo delle Regioni COR 2024/03403, del 20 novembre 2024.

³² L’atto è infatti oggetto di discussione da parte degli organi preparatori del Consiglio, e l’ultima riunione risulta risalente al 15 luglio 2024, www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=celex:52024PC0023.

Ebbene, mentre ci sembra improbabile che la Corte di giustizia intenda rivedere il proprio approccio rispetto a quanto stabilito di recente con riguardo al caso *Xella*, potrebbe semmai essere la Commissione a tentare di valorizzare elementi sostanziali mediante l'adozione di pareri, sul presupposto che il regolamento 2019/452 trovi applicazione. Tuttavia, in assenza di un chiaro favore degli Stati membri in tal senso (manifestato quantomeno a livello di *general approach* in sede di prima lettura della nuova proposta in Consiglio) che possa in qualche modo legittimare la Commissione, un approccio che "apra" agli investimenti esteri indiretti sarebbe chiaramente contestabile. Non in via giudiziale, in quanto i pareri resi dalla Commissione ai sensi del regolamento costituiscono atti a carattere infra-procedimentale, bensì a livello politico. Ciò non solo sotto il profilo della leale collaborazione interistituzionale (nello specifico, con la Corte di giustizia), ma anche dei rapporti con gli Stati membri. Se, infatti, la sottoposizione al controllo anche degli investimenti esteri indiretti implica un'estensione dell'ambito di applicazione del regolamento che accresce la possibilità per gli Stati membri di intervenire a tutela della propria sicurezza nazionale, al tempo stesso detta estensione incide sulla competenza esclusiva dell'Unione europea *ex art.* 207 TFUE, limitata dai Trattati agli investimenti esteri diretti.

3. *Il ruolo della Commissione tra tentativi di centralizzazione del controllo e decentralizzazione delle procedure*

L'attuale disciplina sul monitoraggio degli investimenti è caratterizzata da una dicotomia di fondo: da un lato gli investimenti esteri diretti, in quanto rientranti nell'ambito di applicazione della politica commerciale comune, sono oggetto della competenza esclusiva dell'Unione europea ai sensi dell'art. 207 TFUE; dall'altro lato, la predisposizione dei meccanismi e l'individuazione degli investimenti idonei a costituire una minaccia alla sicurezza e all'ordine pubblico appartengono alla competenza esclusiva statale, similmente a quanto accade con riferimento alle quattro libertà di movimento, rispetto alle quali la definizione dei concetti di ordine pubblico e di pubblica sicurezza sono demandate agli Stati membri, così come salvaguardata dall'art. 65, par. 1, lett. b), TFUE, dall'art. 4, par. 2, TUE e dall'art. 346 TFUE³³.

³³ V. art. 1, par. 2, del regolamento (UE) 2019/452, cit. V. al riguardo il rilievo di D. GALLO, *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri*, cit., p. 197, il quale sottolinea come «L'Unione ha, dunque, agito comunitarizzando un valore e modificandone la natura

Si delinea perciò un quadro complesso, in cui il legislatore europeo ha istituito un meccanismo di controllo degli investimenti esteri diretti stabilendone principi e regole di cooperazione; al tempo stesso, tuttavia, non solo detto meccanismo non è obbligatorio, ma, nei limiti dei principi³⁴ e di alcune indicazioni a carattere procedurale³⁵ determinati dal regolamento, quest'ultimo decentralizza in favore degli Stati membri la definizione delle procedure e i casi da sottoporre a monitoraggio, eccezion fatta per gli investimenti che possono incidere su progetti o programmi di interesse dell'Unione³⁶.

L'attuale sistema è infatti basato su un meccanismo di cooperazione – disciplinato dall'art. 6 o 7 del regolamento, a seconda che si tratti di investimenti oggetto di un controllo in corso oppure no – che impone obblighi di condivisione con la Commissione europea e con gli altri Stati membri di alcune informazioni, prevedendo altresì che questi ultimi possano effettuare osservazioni in merito a investimenti esteri e/o che la Commissione possa presentare un parere sugli stessi. Sia le osservazioni che il parere devono essere tenute in debita considerazione dallo Stato ospite dell'investimento, che dovrà perciò rendere note le motivazioni che lo hanno indotto ad effettuare valutazioni diverse da quelle di altri Stati membri o della Commissione³⁷.

Tuttavia, i pareri resi dalla Commissione, che è l'istituzione che rappresenta e tutela l'interesse generale dell'Unione, non sono vincolanti; così che, a fronte della centralizzazione della competenza sugli investimenti esteri diretti, si assiste poi ad una decentralizzazione che priva l'Unione europea della possibilità di incidere realmente ed efficacemente sul sistema di monitoraggio (decentrato) degli investimenti.

Proprio per tale motivo è legittimo ritenere che la Commissione abbia cercato di ritagliarsi un ruolo ulteriore rispetto a quello previsto dal regola-

e finalità, da ordine giuridico di matrice derogatoria a ordine giuridico di tipo regolatorio, insomma da eccezione a regola positiva».

³⁴ V. ad esempio il principio di trasparenza e di non discriminazione (art. 3, par. 2), il principio di protezione delle informazioni riservate (art. 3, par. 4) e di riservatezza (art. 10).

³⁵ V. in particolare la possibilità di presentare ricorso avverso le decisioni delle autorità nazionali (art. 3, par. 5); l'obbligo in capo agli Stati membri di presentare una relazione annuale (art. 5); il meccanismo di cooperazione per investimenti oggetto di un controllo o non (articoli 6 e 7), gli obblighi di informazione (art. 9).

³⁶ V. art. 8. In tale direzione v. anche l'art. 4, che indica i fattori che gli Stati membri e la Commissione *possono* tenere in considerazione ai fini della valutazione relativa all'incidenza degli investimenti sulla sicurezza e sull'ordine pubblico.

³⁷ La considerazione che deve essere prestata diviene massima allorché l'investimento estero possa incidere su progetti o programmi di interesse dell'Unione (v. art. 8).

mento, per mezzo di atti di *soft law*³⁸. Ci si riferisce ad un passaggio contenuto nella seconda relazione annuale sul controllo degli investimenti esteri diretti, secondo il quale «[l']articolo 7 consente alla Commissione europea di controllare d'ufficio gli investimenti di cui viene a conoscenza presso uno Stato membro e indipendentemente dal fatto che tale Stato membro disponga o meno di un proprio meccanismo di controllo»³⁹. Tale frase, ribadita testualmente anche nella terza relazione della Commissione del 2023⁴⁰, parrebbe alludere ad un potere di monitoraggio proprio e diretto della Commissione, potere che, in realtà, l'art. 7 del regolamento non le conferisce, permettendo quest'ultimo solo di richiedere informazioni allo Stato membro in cui l'investimento estero diretto è in programma o è stato realizzato, qualora ritenga che un investimento che non è oggetto di un controllo in corso possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico.

Che la Commissione ambisca ad un ruolo più incisivo nell'ambito del sistema di monitoraggio degli investimenti, attesa la sua funzione di istituzione garante dell'autonomia economica europea, pare un'ipotesi avvalorata anche dalla previsione, nella proposta di modifica della disciplina sul monitoraggio degli investimenti, dell'obbligo (contrariamente alla facoltà dell'attuale disciplina), in capo agli Stati membri, dell'istituzione di procedure di monitoraggio degli investimenti esteri. A ciò si aggiunga la previsione di una procedura d'ufficio attivabile su impulso della Commissione nel caso in cui quest'ultima ritenga che un investimento estero nel territorio di uno Stato membro che non è stato notificato al meccanismo di cooperazione rientri in una delle ipotesi contemplate dall'art. 7, par. 2. Ciò per «garantire che la probabile incidenza di un investimento estero sulla sicurezza o sull'ordine pubblico di più di uno Stato membro o dell'Unione nel suo complesso sia adeguatamente individuata»⁴¹.

Sembra dunque chiaro il tentativo della Commissione di ritagliarsi un ruolo sempre più incisivo nell'ambito del meccanismo di controllo: dapprima mediante atti di *soft law*, poi attribuendosi un potere di iniziativa attraverso

³⁸ S. ROBERT, *op. cit.*, p. 522.

³⁹ Seconda relazione annuale COM (2022) 433final della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 1° settembre 2022, sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione {SWD (2022) 219final} p. 20.

⁴⁰ Terza relazione annuale COM (2023) 590final della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 19 ottobre 2023, sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione {SWD (2023) 329final} p. 21.

⁴¹ V. considerando n. 23 della proposta di regolamento.

un'apposita previsione normativa all'interno della proposta di regolamento presentata per la riforma del sistema di monitoraggio degli investimenti.

Ci sembra tuttavia che permangano due evidenti limiti al riconoscimento di un'effettiva centralizzazione (o, per lo meno, anche di profili di centralizzazione) della procedura anche nel proposto atto di *hard law*.

Il primo è che i pareri della Commissione, pur dovendo essere tenuti nella massima considerazione, al punto che è previsto un apposito forum per la raccolta di tali informazioni⁴², possono pur sempre essere disattesi dagli Stati membri. Di fronte ad un caso del genere, nel quale lo Stato ospite dell'investimento non si sia giustificato convincentemente, esponendo i motivi per cui ha disatteso il parere della Commissione, l'unico rimedio a disposizione fornito non dalla disciplina specifica sugli investimenti, bensì dall'ordinamento europeo, è l'apertura di una procedura di infrazione da parte dell'istituzione che rappresenta l'interesse generale dello stesso. Tuttavia, è stato al riguardo già evidenziato come questa sia un'eventualità di fatto difficilmente perseguibile e largamente inefficace⁴³.

Il secondo profilo riguarda la procedura d'ufficio: nonostante sia stato sopra rilevato come essa costituisca un passo avanti verso una maggiore centralizzazione dello *screening* degli investimenti, la procedura proposta a modifica del regolamento del 2019 soffre tuttavia dell'evidente limite di non costituire un controllo diretto, bensì solo di prevedere un'attivazione autonoma della stessa da parte della Commissione. Essa, infatti, si concluderà con l'emissione di un parere da parte della Commissione, parere che risente dei limiti sopra esposti, così che non si possa comunque ancora parlare di un vero e proprio potere di monitoraggio autonomo della Commissione.

⁴² Secondo l'art. 7, par. 8, lett. b), della proposta, infatti, lo Stato membro in cui l'investimento è in programma o è stato realizzato, fornisce una spiegazione scritta agli Stati membri interessati e alla Commissione tramite un sistema sicuro e criptato (disciplinato all'art. 12, par. 4) chiarendo in che misura ha tenuto nella massima considerazione le osservazioni degli Stati membri o il parere della Commissione; oppure il motivo del suo disaccordo con le osservazioni degli Stati membri o il parere della Commissione.

⁴³ V. sul punto D. GALLO, *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri*, cit., p. 202, il quale evidenzia come «sul piano dell'*enforcement*, lo Stato che effettua il controllo e non lo fa adeguatamente secondo gli altri Stati e secondo la Commissione non è soggetto a procedure specifiche. Lo strumento è quello offerto dalla procedura d'infrazione, con tutti i limiti che conosciamo circa tempistiche e impossibilità di adottare provvedimenti cautelari nei confronti degli Stati, particolarmente problematici se in gioco c'è un investimento potenzialmente pericoloso per il tessuto, non soltanto industriale, di un Paese e dell'Unione nel suo complesso». Sui problemi di *enforcement* da parte della Commissione v. anche T. VERELLEN, *op. cit.*, p. 36.

Il mancato riconoscimento di un'effettiva centralizzazione del controllo in capo alla Commissione è d'altronde dovuto, anche in tale occasione, alla difficoltà di conciliare le due competenze esclusive in materia: quella dell'Unione, riguardante la politica commerciale comune, e quella degli Stati membri riguardo al mantenimento dell'ordine pubblico e la tutela della sicurezza nazionale.

4. *Verso un ordine pubblico europeo?*

Alla luce di quanto fin qui esposto, il regolamento del 2019 poggia su nozioni di sicurezza e di ordine pubblico di matrice statale: essi costituiscono infatti eccezioni alla libertà di stabilimento o alla libera circolazione dei capitali all'interno dell'Unione⁴⁴, previste dai Trattati, invocabili dagli Stati membri che, attraverso un processo di tipo osmotico, a carattere derivato, tutelano anche la sicurezza e l'ordine pubblico a livello centrale europeo⁴⁵. L'Unione, dunque, non risulta titolare di un ordine pubblico o di una sicurezza⁴⁶ propri, autonomi, esclusivi, che trovano la propria fonte nel diritto dell'Unione e che, in quanto tali, prescindono dalle omologhe sfere di competenza riconosciute in favore degli Stati membri, se non nell'accezione costituzionale di "ordine pubblico delle democrazie" elaborata inizialmente

⁴⁴ V. al riguardo la relazione relativa alla proposta, a p. 3, la quale evidenzia che le disposizioni dei Trattati sulla libera circolazione e sulle relative restrizioni «si applicano tuttavia solo alle persone fisiche e giuridiche degli Stati membri dell'UE e non sono dunque pertinenti per quanto riguarda gli IED nell'UE provenienti da un paese terzo. Pertanto, le norme per il controllo degli IED di un paese terzo nell'UE, come indicato nella proposta di regolamento, non interagiscono con le disposizioni sulla libertà di stabilimento».

⁴⁵ Nella letteratura italiana v. sul tema, in particolare, F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007; D. RINOLDI, *L'ordine pubblico europeo*, Napoli, 2008. Per gli aspetti più internazionalprivatistici v. O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

⁴⁶ Si tratta peraltro, evidentemente, di nozioni aventi accezioni diverse a seconda dei contesti nei quali sono invocate, nonché di natura mutevole, v. ad esempio, recentemente, K. DZEHTSIAROU, *Defining European Public Order: An Impossible Task*, in K. DZEHTSIAROU (ed.), *Can the European Court of Human Rights Shape European Public Order?*, Cambridge, 2021, p. 62 ss. V. anche D. BODEN, *L'ordre public: limite et condition de la tolérance: recherches sur le pluralisme juridique*, Thèse de doctorat, Soutenance en 2002, pp. 454-456, il quale avrebbe individuato almeno 44 accezioni diverse di *ordre public européen*.

dalla Corte di Strasburgo⁴⁷, o del più noto *ordre public européen des droits de l'homme*⁴⁸.

Senonché, la recente proposta di modifica della disciplina del 2019 in maniera inedita introduce espressamente, e ripetutamente, in un atto legislativo, un accostamento diretto ed esclusivo dei concetti di sicurezza e di ordine pubblico alla dimensione (esclusivamente) europea⁴⁹. Già nei considerando della proposta di regolamento compare infatti il riferimento all'«ordine pubblico o la sicurezza propri [degli Stati membri] o dell'Unione», espressione che chiaramente opera una distinzione tra il piano statale e quello europeo dei due concetti⁵⁰. Ma si tratta di un concetto più volte richiamato anche nella parte dispositiva dell'atto⁵¹.

È peraltro curioso come l'introduzione di una nozione autonoma di ordine pubblico europeo all'interno della proposta del 2024 non sia minimamente enfatizzata né nella relazione di accompagnamento, né nei considerando della stessa. Quasi che la si voglia far passare intenzionalmente

⁴⁷ V. Commissione EDU, dec. 11 gennaio 1961, ric. n. 788/60, *Austria/Italia*, p. 18 «the purpose of the High Contracting parties in concluding the Convention was not to concede to each other reciprocal rights and obligations in pursuance of their individual national interests but to realize the aims and ideals of the Council of Europe, as expressed in its Statute, and to establish a common public order of the free democracies of Europe with the object of safeguarding their common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law».

⁴⁸ Con riguardo all'«ordine pubblico europeo» e alla sua elaborazione in riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e più in generale ai diritti umani, v. per tutti C. PICHÉRAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, 2001; F. ANGELINI, *op. cit.*

⁴⁹ Nel diritto derivato un'allusione al concetto di ordine pubblico dell'UE risulta dal pur recente regolamento sulla governance europea dei dati (regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2022, relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (regolamento sulla governance dei dati)) il quale, all'art. 5, par. 13, stabilisce riguardo al loro riutilizzo che alcune categorie di dati non personali possano essere considerate tramite atti legislativi «altamente sensibili [...] laddove il loro trasferimento a paesi terzi possa mettere a rischio gli obiettivi di politica pubblica dell'Unione». Tuttavia, il riferimento contenuto in tale atto non ci sembra alludere effettivamente ad una nozione autonoma di sicurezza dell'Unione, quanto piuttosto alla dimensione pubblica dell'azione dell'Unione in talune circostanze. Tale ricostruzione parrebbe essere confermata dal considerando n. 24 dell'atto, nel quale si specifica che «i legittimi obiettivi di politica pubblica dell'Unione individuati» da tutelare corrisponderebbero alla «protezione della salute pubblica, la sicurezza, l'ambiente, la morale pubblica e la protezione dei consumatori, della vita privata e dei dati personali». Sul punto v. tuttavia S. LATTANZI, *Su propaganda e ordine pubblico in Europa*, in *Politica del diritto*, 2023, p. 400.

⁵⁰ V. ad esempio considerando nn. 14, 23, 24, 25, 27, 36, 43 e 49.

⁵¹ V. art. 4, par. 3; art. 7, par. 3; art. 19, par. 2, COM (2024) 23final, cit.

sottotraccia, probabilmente in attesa di verificare la posizione degli Stati membri in sede di Consiglio. Fatto sta che, a fronte dell'introduzione di un termine, a conoscenza di chi scrive, finora mai utilizzato formalmente in atti normativi adottati con il c.d. metodo comunitario⁵², difetta nella proposta qualsiasi chiarimento in merito al contenuto e alla portata dello stesso.

Si tratta perciò di comprendere quale sia il significato normativo dei concetti di sicurezza e ordine pubblico *dell'Unione*, i quali peraltro, spesso citati congiuntamente, paiono sovrapporsi tra di loro.

Per fare ciò, non si può prescindere dall'analisi dei contesti – invero assai diversi da quello oggetto del presente contributo – nei quali è già affiorata l'idea dell'esistenza di un ordine pubblico e di una sicurezza dell'Unione europea.

Già, infatti, nel diritto primario parrebbe rinvenirsi un riferimento in tal senso allorché l'art. 21, par. 2, lett. a), TUE riconosce, tra gli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione, quello di «salvaguardare [...] la *sua* sicurezza»⁵³. In tale disposizione del Trattato, tuttavia, il riferimento alla sicurezza dell'Unione non è necessariamente da intendere come concetto riferibile autonomamente ed esclusivamente all'Unione. Trattasi, infatti, di un obiettivo tipico della politica estera e di sicurezza comune il quale, insieme agli altri indicati dall'art. 21 TUE, pone un limite funzionale alle azioni fondate sul Titolo V TUE⁵⁴. Sennonché tale politica dell'azione esterna dell'Unione, com'è ben noto, ha degli elementi distintivi che le conferiscono un carattere di unicità rispetto alle altre politiche che compongono la dimensione esterna dell'Unione, retaggio della precedente “*structure en piliers*”: primo fra tutti, quello dell'accentramento del ruolo decisionale in capo al Consiglio europeo e al Consiglio che lo esercitano di norma all'unanimità. Da ciò deriva che le azioni di tale politica, pur essendo genericamente riferibili all'Unione, sono adottate con metodo intergovernativo. Così che, di fatto, la sicurezza dell'Unione in tale contesto è da intendere quale sommatoria della sicurezza di ciascuno Stato membro, o quantomeno quale dimensione integrativa di quella statale, e assume un'accezione marcatamente difensiva, con riguardo a minacce esterne all'Unione che, avendo un impatto su uno, più o sulla totalità degli Stati membri, hanno perciò la capacità di incidere sulla sicurezza

⁵² V. al riguardo i rilievi che saranno svolti a breve riguardo ad atti PESC.

⁵³ Corsivo aggiunto.

⁵⁴ V. M. E. BARTOLONI, *La politica estera e di sicurezza comune* (PESC), in M. E. BARTOLONI, S. POLI (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2021, p. 237.

comune dell'Unione europea⁵⁵.

A sostegno di quanto detto pare inquadarsi anche la recente decisione PESC n. 2022/351⁵⁶, con la quale l'Unione ha riconosciuto che alcune iniziative di propaganda adottate dalla Federazione russa con l'intento di giustificare l'aggressione nei confronti dell'Ucraina costituiscono «una minaccia consistente e diretta all'ordine pubblico e alla sicurezza dell'Unione»⁵⁷. I due concetti sono stati richiamati anche dalla sentenza *RT*, che ha avuto ad oggetto proprio la citata decisione PESC⁵⁸. A parere di chi scrive sembra che, per le motivazioni sopra addotte riguardo alla PESC, nonché per la terminologia utilizzata dal Tribunale (il quale richiama, genericamente, l'ordine pubblico e la sicurezza dell'UE, non essendo chiaro se alluda ad una nozione autonoma degli stessi, contrariamente a quanto fatto in precedenti occasioni, dove il riferimento all'Unione è specificato essere autonomo e di-

⁵⁵ Così ci pare che sia da intendere anche il riferimento operato dalla Corte di giustizia UE alla «sicurezza dell'Unione» in *Rosneft*, la cui funzione «difensiva» parrebbe confermata allorché si riconosce che «eventi che si producono in un paese ad essa limitrofo, come quelli verificatisi in Ucraina, che sono all'origine delle misure restrittive di cui trattasi nel procedimento principale, possono giustificare misure volte alla tutela degli interessi fondamentali della sicurezza dell'Unione nonché a preservare la pace e la sicurezza internazionale, conformemente all'obiettivo assegnato, a norma dell'articolo 21, paragrafo 1, primo comma, e paragrafo 2, lettera c), TUE, alla sua azione esterna» v. Corte giust 28 marzo 2017, C-72/15, punto 112 ss.

⁵⁶ Decisione (PESC) n. 2022/351 del Consiglio, del 1° marzo 2022, che modifica la decisione 2014/512/PESC concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina.

⁵⁷ V. considerando n. 8 della decisione.

⁵⁸ Tribunale 27 luglio 2022, T-125/22, *RT France/Consiglio*, punto 55. V. a commento, in particolare, B. BAADE, *The EU's «Ban» of RT and Sputnik: A Lawful Measure Against Propaganda for War*, in *verfassungsblog.de*, 2022; S. POLI, *Prime riflessioni sulla sentenza del Tribunale «RT France» sulle misure restrittive contro le attività di disinformazione russe*, in questa *Rivista*, 2022, p. 111 ss.; I. POPOVIC, *The EU Ban of RT and Sputnik: Concerns Regarding Freedom of Expression*, in *Blog EJIL*, 2022; L.-M. CHAUVEL, *Chronique Action extérieure de l'Union européenne – La continuelle diversification des mesures restrictives: in varietate concordia ?*, in *RTDE*, 2023, p. 476 ss.; G. FERENC LENDVAI, *Media in War: An Overview of the European Restrictions on Russian Media*, in *EP*, 2023, p. 1235 ss.; L. LONARDO, *Censorship in the EU as a Result of the War in Ukraine: RT France v Council of the European Union*, in *ELR*, 2023, p. 707 ss.; V. SZEP, R. WESSEL, *Balancing Restrictive Measures and Media Freedom: RT France v. Council*, in *CMLR*, 2023, p. 1384 ss.; J.-P. JACQUÉ, *Liberté d'information et mesures restrictives*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2024, p. 719 ss.

stinto rispetto a quello degli Stati membri⁵⁹) la “sicurezza dell’Unione” in tale contesto non sia scindibile da quella statale⁶⁰.

Resta comunque il fatto che, relativamente alla PESC, non sorprende del tutto l’invocazione più o meno diretta della sicurezza con riferimento alla sua dimensione europea, in quanto componente intrinseca di tale politica.

Sorprende, invece, il chiaro riferimento alla sicurezza e all’ordine pubblico propri dell’Unione europea nell’ambito di una diversa politica, quale quella commerciale, nell’ambito della quale è stata adottata la proposta di modifica del regolamento 2019/452⁶¹.

Per comprendere il contenuto normativo di tali nozioni bisogna ricordare che la proposta di regolamento di cui si tratta fa parte di un pacchetto di iniziative volte a rafforzare la sicurezza economica europea⁶², in linea con la strategia europea di sicurezza economica⁶³. E, come emerge dalla stessa proposta, «[l]’obiettivo della proposta è tutelare la sicurezza e l’ordine pubblico dell’UE nel contesto degli investimenti esteri. Ciò è in linea con

⁵⁹ Corte giust. 28 novembre 2013, C-280/12 P, RT, punto 70, nella quale si fa riferimento a «considerazioni imperative riguardanti la sicurezza dell’Unione o dei suoi Stati membri», espressione ripetuta anche al punto 73.

⁶⁰ Di diverso avviso S. POLI, *Prime riflessioni sulla sentenza del Tribunale “RT France” sulle misure restrittive contro le attività di disinformazione russe*, cit., p. 116 ss., secondo la quale invece in tale occasione «l’UE ha agito [...] come uno Stato più che come un’organizzazione internazionale».

⁶¹ Invero, già nelle conclusioni dell’Avv. gen. Čapeta relative al caso *Xella*, sopra citate, si rinviene un riferimento, non ulteriormente approfondito, all’ordine pubblico europeo come distinto e autonomo rispetto a quello degli Stati membri. V. par. 45, nel quale si afferma che lo «scopo del regolamento sul controllo degli IED [...] consiste nel permettere l’esame degli investimenti esteri diretti al fine di stabilire se l’investimento di cui trattasi possa mettere in pericolo (o, quanto meno, minacciare di mettere in pericolo) l’ordine pubblico o la sicurezza dell’Unione o degli Stati membri».

⁶² Il pacchetto per la sicurezza economica dell’Unione, adottato il 24 gennaio scorso dalla Commissione europea, si articola in una proposta di regolamento per la revisione della normativa UE in tema di controllo degli investimenti esteri diretti; un libro bianco sugli investimenti dell’Unione nei Paesi terzi (investimenti in uscita); un libro bianco sui controlli per l’esportazione di prodotti a duplice uso; un libro bianco sul rafforzamento del sostegno alla ricerca e allo sviluppo di tecnologie con un potenziale a duplice uso e una proposta di raccomandazione sul rafforzamento della sicurezza della ricerca. V. la comunicazione della Commissione COM/2024/22 final al Parlamento europeo e al Consiglio Impulso alla sicurezza economica dell’Europa: introduzione a cinque nuove iniziative.

⁶³ Comunicazione congiunta JOIN (2023) 20final della Commissione europea e dell’Alto rappresentante dell’Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, del 26 giugno 2023, sulla “Strategia europea per la sicurezza economica”.

gli obiettivi politici generali dell'UE di cui all'articolo 3, paragrafo 5, del Trattato sull'Unione europea, ossia affermare i valori e gli interessi dell'UE nelle relazioni con il resto del mondo e contribuire alla protezione dei suoi cittadini, alla pace, alla sicurezza e al commercio libero ed equo»⁶⁴.

Dunque, a ben vedere, dal richiamo operato all'art. 3, par. 5, TUE (e implicitamente all'art. 21 TUE), si tratta di una misura normativa di politica commerciale comune che ha *anche* un'evidente componente di politica estera e di sicurezza comune; di un atto fondato sulla base giuridica dell'art. 207 TFUE (anche se in tal caso, a differenza del regolamento del 2019, viene prevista una base giuridica aggiuntiva, l'art. 114 TFUE), che però persegue un obiettivo (il principale, peraltro) PESC. Si tratta quindi di un atto legislativo adottato nell'ambito di una politica materiale che persegue obiettivi di sicurezza comune: questa natura ibrida dello stesso farebbe sì che la finalità di ordine pubblico e di sicurezza comune perseguita si riferisca, contrariamente a quanto rilevato a proposito della PESC, alla sicurezza dell'Unione nel suo complesso. E lo stesso può dirsi riguardo all'ordine pubblico, il quale ha una chiara accezione securitaria all'interno dell'atto.

Al punto che tale accezione dei due concetti ha anche un contenuto normativo ben preciso, dal momento che la proposta di regolamento indica agli Stati membri una lista di casi che devono, come minimo, essere sottoposti a controllo: non solo alcuni progetti di rilevanza europea, ma anche quelli riguardanti uno dei sei settori indicati in un apposito allegato (i.e. tecnologie critiche, alcuni farmaci, se considerati innovativi o critici per l'uso umano, entità e attività critiche all'interno del sistema finanziario dell'UE)⁶⁵.

5. *Spunti conclusivi: centralizzazione e decentralizzazione della nuova proposta di modifica della disciplina sul monitoraggio degli investimenti esteri*

La proposta di modifica del regolamento del 2019 sul monitoraggio degli investimenti, come è stato dimostrato, riesce solo parzialmente a colmare le lacune emerse dall'attuale disciplina.

L'affermazione dell'esistenza – e la conseguente attribuzione di un contenuto normativo ben preciso – di un ordine pubblico e di una sicurezza propri dell'Unione continua, infatti, ad essere controbilanciata da un meccanismo che, pur essendo previsto per il futuro come obbligatorio e carat-

⁶⁴ V. COM (2024) 23final, cit., p. 2.

⁶⁵ *Ivi*, art. 4, par. 4.

terizzato dalla previsione di una procedura d'ufficio, difetta ancora dell'attribuzione di un effettivo potere di controllo e di *enforcement* in capo alla Commissione a tutela proprio di quell'ordine pubblico e di quella sicurezza che ora si riconoscono come propri anche della sola Unione europea.

Alcuni autori hanno visto nella disciplina sullo *screening* degli investimenti (rilievo che vale dunque, *a fortiori*, per la nuova proposta di modifica del regolamento, che costituirebbe un ulteriore livello del processo) un modo per rafforzare gradualmente l'integrazione nel settore attraverso un processo di c.d. *integration by stealth*⁶⁶. In attesa di verificare in che misura i due colegislatori modificheranno il testo presentato dalla (precedente) Commissione, ci sembra che, al momento, le istituzioni e gli Stati membri continuino ad esercitare ciascuno la propria competenza conformemente a un modello di "sovranità condivisa"⁶⁷, che la recente proposta di regolamento non pare alterare significativamente, in cui un equilibrio tra spinte centripete e centrifughe può certamente essere al meglio assicurato nella misura in cui l'Unione e gli Stati membri si assistono reciprocamente nell'adempimento dei rispettivi compiti, nel rispetto del principio di leale collaborazione.

⁶⁶ Usa questa espressione, coniata da Majone, T. VERELLEN, *op. cit.*

⁶⁷ V. al riguardo S. POLI, *Reinforcing Europe's Technological Sovereignty Through Trade Measures*, cit., p. 445.

Abstract (ita)

Il contributo analizza la proposta di modifica del regolamento 2019/452 che istituisce un quadro per lo *screening* degli investimenti esteri diretti nell'Unione europea presentata lo scorso anno dalla Commissione europea. Tre sono i profili di interesse dalla proposta: l'estensione dell'ambito di applicazione anche agli investimenti intra-UE sottoposti a controllo estero; l'accrescimento della centralizzazione del controllo in capo alla Commissione europea; e, infine, l'emersione di un nuovo concetto di sicurezza e di ordine pubblico dell'Unione europea.

Abstract (eng)

The paper analyzes the European Commission's proposal to amend Regulation 2019/452 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union. The main issues under analysis are i) the extension of the scope of act to include intra-EU investments subject to foreign control; ii) the increased centralization of control under the European Commission; and, finally, the emergence of a new concept of EU security and public order.

LE PRINCIPALI IMPLICAZIONI GIURIDICHE DEL REGOLAMENTO CBAM NEL CONTESTO DELL'AZIONE ESTERNA DELL'UNIONE EUROPEA

Massimiliano Montini*

SOMMARIO: 1. L'applicazione della normativa dell'Unione al di fuori dei propri confini territoriali. – 2. Il meccanismo CBAM come espressione dell'azione esterna dell'Unione. – 3. Il meccanismo CBAM tra effetto Bruxelles ed estensione territoriale.

1. *L'applicazione della normativa dell'Unione al di fuori dei propri confini territoriali*

Mediante l'esercizio della sua azione esterna, l'Unione europea promuove i suoi valori ed interessi, e persegue i suoi principi ed obiettivi, sulla base di quanto sancito dall'articolo 5 paragrafo 3, TUE, in combinato disposto con l'articolo 21 TUE e con l'articolo 205 TFUE¹.

Il fenomeno dell'esportazione dei valori, degli interessi, dei principi e degli obiettivi dell'Unione che si realizza attraverso le sue relazioni esterne costituisce l'espressione della volontà degli Stati Membri di fondare l'integrazione europea sul diritto e non sul potere, secondo quanto affermato autorevolmente dall'Avvocato generale Jacobs². Sulla falsariga di questa affermazione, tale fenomeno è stato definito in dottrina come l'espressione del

* Professore associato di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Siena.

¹ Sull'azione esterna dell'Unione vedi: M. E. BARTOLONI, S. POLI (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2021; P. ECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, 2011; P. KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, Oxford, 2015; M. CREMONA, A. THIES (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges*, Oxford, 2014; R. A. WESSEL, J. LARIK (eds.), *EU External Relations Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 2020; W. TH. DOUMA, C. ECKES, P. VAN ELSUWEGE, E. KASSOTI, A. OTT, R. A. WESSEL, *The Evolving Nature of EU External Relations Law*, The Hague, 2021; J. WOUTERS, F. HOFFMEISTER, G. DE BAERE, T. RAMOPOULOS (eds.), *The Law of EU External Relations. Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal Actor*, Oxford, 2021; R. A. WESSEL, G. BUTLER (eds.), *EU External Relations Law*, Oxford, 2022; K. A. ARMSTRONG, J. SCOTT, A. THIES (eds.), *EU External Relations and the Power of Law. Liber Amicorum in Honour of Marise Cremona*, Oxford, 2024.

² F. G. JACOBS, *Foreword*, in R. SCHUTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles of European Union Law. Volume 1: The European Union Legal Order*, Oxford, 2018.

potere normativo dell'Unione (*law as power*). L'esercizio di questo potere normativo, secondo tale impostazione dottrinale, rende l'Unione europea un regolatore di riferimento a livello globale, le cui normative possono trovare un'applicazione extraterritoriale al di fuori dei propri confini³.

L'applicazione della normativa dell'Unione al di fuori del proprio territorio può realizzarsi in modo diretto o indiretto oppure volontario o involontario. Essa si realizza in modo diretto quando la normativa interna di alcuni Paesi terzi si conforma, in termini simili, alle disposizioni della normativa europea. L'applicazione indiretta si realizza quando, pur in assenza di una conformità normativa nei Paesi terzi con gli standard europei, le imprese che esportano i loro prodotti nel territorio dell'Unione tendono a conformarsi agli standard europei, riconoscendoli, anche in assenza di uno specifico obbligo normativo, come standard di riferimento autorevoli, rigorosi e soddisfacenti per regolare la loro azione nel contesto globale.

L'applicazione della normativa europea si realizza in maniera volontaria quando l'Unione, attraverso le sue relazioni esterne, persegue politiche attive per spingere i Paesi terzi ad adottare nei loro ordinamenti nazionali normative e standard comparabili o simili con quelli previsti nel diritto dell'Unione. Per converso, la normativa europea si applica in maniera involontaria quando sono gli operatori economici dei Paesi terzi ad assoggettarsi spontaneamente alle regole ed agli standard previsti dalla normativa europea, elevandoli a criteri di riferimento per l'esercizio della loro azione a livello globale, senza che vi sia alcuna imposizione o richiesta in tal senso da parte dell'Unione nei loro confronti.

L'applicazione della normativa dell'Unione al di là dei propri confini territoriali si può realizzare attraverso tre diverse tipologie applicative. La prima tipologia concerne l'applicazione unilaterale delle proprie normative da parte dell'Unione nei confronti di altri Paesi e più specificamente nei confronti di operatori economici posti al di fuori del proprio territorio. La seconda tipologia riguarda l'estensione dei contenuti della normativa europea che si può realizzare mediante la conclusione di accordi bilaterali di associazione o di cooperazione in materia commerciale. Tali accordi possono, a seconda delle circostanze, indurre o imporre ai Paesi terzi contraenti l'adozione di normative o standard tecnico giuridici mutuati da quelli dell'Unione o comunque ad essi comparabili. La terza tipologia consiste nell'estensione indiretta dell'ambito di applicazione della normativa europea al di fuori

³ M. CREMONA, J. SCOTT, *EU Law beyond its borders. The extraterritorial reach of EU Law*, Oxford, 2019, p. 1.

del proprio territorio che si realizza attraverso il contributo dell'Unione alla definizione di normative e standard comuni a livello internazionale che vengono recepiti nell'ambito di accordi multilaterali.

In un'epoca caratterizzata da una diffusa crisi del multilateralismo, malgrado l'Unione non abbia mai messo in discussione la sua disponibilità a collaborare con tutte le parti interessate nei diversi contesti in cui si realizza la cooperazione internazionale, a partire proprio dal settore della lotta contro i cambiamenti climatici, va rilevato come l'applicazione della normativa europea al di fuori del proprio territorio si realizzi sempre più frequentemente attraverso modalità di tipo unilaterale o bilaterale. Nel presente contributo l'analisi si soffermerà in particolare sulla prima tipologia, quella relativa all'applicazione unilaterale della legislazione europea al di là dei propri confini territoriali.

A tale proposito, va rilevato che l'applicazione unilaterale della normativa dell'Unione al di là dei propri confini territoriali può realizzarsi attraverso tre diverse modalità. Si tratta dell'applicazione extraterritoriale in senso stretto, dell'estensione territoriale della normativa e del cosiddetto "effetto Bruxelles"⁴. Tali diverse modalità verranno brevemente qui di seguito presentate ed esaminate, al fine di valutare nel prosieguo del presente contributo a quale di queste tre modalità possa essere ricondotta l'applicazione esterna della normativa dell'Unione all'esterno dei propri confini territoriali introdotta dal meccanismo CBAM sull'adeguamento del carbonio alle frontiere, che esamineremo nel dettaglio nel prossimo paragrafo.

L'espressione applicazione extraterritoriale della normativa europea in senso stretto si riferisce alle situazioni in cui una normativa, una regola o uno standard dell'Unione vengono applicati all'esterno del territorio geografico e doganale europeo, senza che necessariamente sussista una connessione di tipo territoriale tra il Paese e/o il soggetto economicamente rilevante a cui la normativa europea viene applicata⁵. La questione di cosa si debba esattamente intendere per applicazione extraterritoriale di una certa normativa di un Paese all'esterno del suo territorio risulta piuttosto controversa ed è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina⁶. In questo contesto, esistono due criteri di collegamento comunemente invocati e frequentemente utilizzati per

⁴ M. CREMONA, J. SCOTT, *op. cit.*, p. 1; J. SCOTT, *The Global Reach of EU Law*, in M. CREMONA, J. SCOTT, *op. cit.*, pp. 21-63, spec. pp. 22-35.

⁵ J. SCOTT, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, n. 1, 2014, pp. 87-126, spec. pp. 89-91; J. SCOTT, *The Global Reach of EU Law*, cit., pp. 22-24.

⁶ J. SCOTT, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, cit., pp. 90-93.

determinare se nelle fattispecie specifiche una certa normativa nazionale si possa definire soggetta a fenomeni di applicazione extraterritoriale. Si tratta dei criteri della territorialità e degli effetti. In base al criterio della territorialità, il quale risulta più o meno accettato in modo pacifico sia a livello dottrinale che giurisprudenziale, ciascuno Stato, o ciascuna organizzazione sovranazionale come l'Unione europea, può esercitare una piena giurisdizione rispetto a tutte le persone fisiche o giuridiche che si trovano, anche temporaneamente, sul proprio territorio⁷. Diversamente, il criterio degli effetti risulta applicabile allorché sia possibile dimostrare che il comportamento di un determinato soggetto, persona fisica o giuridica, ancorché realizzato al di fuori del territorio dell'Unione, possa avere degli effetti rilevanti all'interno di quest'ultimo⁸.

La tematica dell'applicazione extraterritoriale della normativa dell'Unione è venuta in rilievo qualche anno fa proprio con riferimento alla normativa climatica, ed in particolare all'estensione dell'ambito di applicazione della normativa EU ETS relativa al sistema di scambio delle emissioni di gas serra al settore del trasporto aereo⁹. In tale circostanza, la Corte di giustizia nel caso *Air Transport Association* si è occupata in modo incidentale della possibilità di applicazione extraterritoriale della normativa dell'Unione. Nella sua decisione, la Corte ha affermato la legittimità dell'applicazione della normativa dell'Unione a soggetti localizzati al di fuori del proprio territorio, in una situazione caratterizzata tuttavia dalla presenza di una connessione territoriale, ancorché temporanea, con il territorio dell'Unione, relativa in particolare alle fasi di atterraggio e decollo degli aeromobili battenti bandiera di un Paese terzo. In tale contesto, quindi, l'applicazione extraterritoriale della normativa climatica dell'Unione era caratterizzata dalla presenza di un elemento di connessione di tipo territoriale¹⁰. Come è stato rilevato in dottrina, risulta invece difficile rilevare situazioni in cui vi sia stata un'applicazione extraterritoriale della normativa europea in assenza di un qualsiasi elemento di connessione territoriale¹¹. Sulla base di tale considerazione, in dottrina è stato proposto l'utilizzo di una diversa categoria concettuale che possa meglio definire il fenomeno dell'applicazione della normativa europea

⁷ *Ivi*, pp. 94-95.

⁸ *Ivi*, p. 96.

⁹ *Ivi*, pp. 96-98.

¹⁰ Corte giust. 21 dicembre 2011, C-366/10, *Air Transport Association of America e a.*, vedi anche nello stesso caso conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, del 6 ottobre 2021.

¹¹ J. SCOTT, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, cit., p. 93, nota 27, e v. pp. 96-98, in J. SCOTT, *The Global Reach of EU Law*, cit., p. 36.

al di là dei propri confini territoriali. Si tratta della categoria dell'estensione territoriale della normativa dell'Unione, che corrisponde alla seconda delle tre modalità di possibile applicazione della normativa europea al di fuori del proprio territorio che abbiamo identificato sopra.

Con l'espressione estensione territoriale della normativa dell'Unione, che è stata coniata in dottrina dalla Scott, l'autrice si riferisce in particolare al fenomeno dell'ampliamento dell'ambito di applicazione della normativa dell'Unione al di fuori del proprio territorio, che a differenza di quanto avviene nel caso dell'applicazione extraterritoriale in senso stretto, è caratterizzata sempre dalla presenza di una connessione territoriale¹². Quest'ultima risulta normalmente collegata agli effetti che la condotta realizzata da un operatore economico localizzato in un Paese terzo, al di fuori del territorio dell'Unione può esercitare sul mercato interno europeo. Nello specifico, la Scott, oltre a coniare l'espressione in esame, ha anche individuato i criteri di collegamento sulla base dei quali può effettivamente realizzarsi l'estensione territoriale della normativa dell'Unione al di fuori del proprio territorio. Di particolare interesse per la presente analisi risulta il criterio degli effetti¹³. Tale criterio deriva dal diritto della concorrenza, dove viene comunemente utilizzato per applicare la normativa dell'Unione in materia di regolazione e tutela della concorrenza e del mercato anche nei confronti di operatori economici localizzati in Paesi terzi i quali realizzino pratiche anticoncorrenziali che, ancorché svolte al di fuori del territorio dell'Unione, possano avere un apprezzabile effetto negativo sul funzionamento del mercato interno dell'Unione. La legittimità dell'estensione territoriale della normativa europea a soggetti localizzati al di fuori del proprio territorio in tale contesto è pacificamente accettata sia in dottrina che nella giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale¹⁴.

A proposito del fenomeno dell'estensione territoriale della normativa europea, va rilevato che una specifica caratteristica conseguente all'esercizio di tale modalità di applicazione unilaterale della normativa europea all'esterno del proprio territorio consiste nella circostanza che esso viene a determinare il controllo da parte dell'Unione, per tramite della Commissione euro-

¹² J. SCOTT, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, cit., pp. 89-94.

¹³ J. SCOTT, *The new EU "extraterritoriality"*, in CMLR, vol. 51, 2024, pp. 1356-1359.

¹⁴ Vedi ad esempio Corte giust. 6 settembre 2017, C-413/14 P, *Intel/Commissione*; Tribunale 25 marzo 1999, T-102/96, *Gencor/Commissione*, punto 90. In dottrina vedi J. SCOTT, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, cit., p. 93; ID, *The Global Reach of EU Law*, cit., pp. 35-38.

pea, della condotta di operatori economici localizzati in Paesi terzi¹⁵. Tale controllo solleva qualche criticità in quanto può dare luogo ad un fenomeno di sovrapposizione tra la regolamentazione europea e quella nazionale dei Paesi terzi in cui gli operatori economici in questione sono localizzati e svolgono le proprie attività. La conseguenza di tale sovrapposizione normativa a carico degli operatori economici coinvolti consiste nella circostanza che essi si possono trovare ad essere assoggettati all'applicazione di normative, regole e standard multipli e concorrenti, che in talune circostanze potrebbero essere anche confliggenti tra di loro. Per evitare controversie con i Paesi terzi conseguenti a tale fenomeno, l'Unione europea in parallelo con la realizzazione dell'estensione territoriale della propria normativa ha sviluppato una serie di meccanismi di autolimitazione giurisdizionale dell'effettiva estensione territoriale della propria normativa nei confronti di operatori economici localizzati in Paesi terzi. Tali meccanismi sono finalizzati proprio alla prevenzione dei possibili conflitti normativi che possono insorgere in tali circostanze con altre giurisdizioni. In dottrina tali criteri e meccanismi sono stati denominati "valvole di sicurezza" dalla Scott, che ne ha in particolare identificati ed analizzati due, sostenendo che essi si configurano come strumenti applicativi del principio di proporzionalità nel contesto dell'estensione territoriale della normativa dell'Unione al di fuori del proprio territorio. Si tratta dei meccanismi della contingenza e della contestualità¹⁶.

In base al primo di tali meccanismi, ossia il meccanismo della contingenza, che si configura come il criterio di flessibilità nel contesto dell'estensione territoriale della normativa dell'Unione, quest'ultima può decidere di astenersi dall'applicazione della propria normativa al di fuori del proprio territorio nel caso in cui la condotta rilevante dell'operatore economico posta in essere in un Paese terzo ed avente effetti negativi all'interno del mercato interno europeo risulti però regolata in maniera considerata soddisfacente dall'Unione dalla normativa interna di tale Paese, o in alternativa dalla normativa o dagli standard internazionali applicabili nel Paese in questione. In tali circostanze, l'Unione in applicazione del meccanismo in esame può sospendere l'applicazione dell'estensione territoriale della propria normativa, disapplicando la stessa a favore della normativa nel Paese terzo in questione. In tal modo, si può quindi venire a configurare un'autolimitazione del fenomeno dell'estensione territoriale della normativa europea. Per l'applicazione di tale meccanismo va sottolineato il ruolo fondamentale che viene svolto

¹⁵ *Ivi*, pp. 24-31.

¹⁶ J. SCOTT, *The new EU "extraterritoriality"*, cit., pp. 1364-1365.

dalla Commissione europea, la quale è chiamata a valutare caso per caso l'effettiva sussistenza delle condizioni necessarie per l'applicazione del meccanismo della contingenza. Tali condizioni consistono nell'equivalenza, sia sul piano sostanziale che su quello procedurale, della normativa dello Stato terzo in questione rispetto alla corrispondente normativa europea. Nell'esercizio del suo ruolo, la Commissione europea esamina tale equivalenza mediante un approccio funzionale, che risulta finalizzato a mettere in rilievo la comparabilità e la similarità tra le due normative in esame, piuttosto che la loro effettiva identità di contenuto¹⁷.

Sulla base del secondo dei meccanismi sopra menzionati, denominato il meccanismo della contestualità, l'Unione europea può calibrare l'effettiva modalità di applicazione delle proprie normative, regole e standard nei confronti di soggetti economici localizzati al di fuori del proprio territorio a seconda delle specifiche circostanze della fattispecie concreta, tenendo quindi in considerazione non tanto l'equivalenza astratta delle normative applicabili, quanto le caratteristiche delle effettive condotte realizzate degli operatori economici interessati nei Paesi terzi rispetto agli effetti da essi causati nel mercato interno europeo. Mediante l'applicazione di tale meccanismo, pertanto, la Commissione europea valuterà caso per caso come effettivamente realizzare l'estensione territoriale della propria normativa, tenendo conto delle specifiche circostanze della fattispecie concreta in esame, anziché procedere ad una rigida applicazione della propria normativa e dei propri standard al di fuori del proprio territorio, secondo criteri predefiniti ed esiti predeterminati¹⁸.

L'espressione effetto Bruxelles si riferisce invece alla possibilità che le normative e gli standard dell'Unione, inizialmente concepiti per il mercato interno europeo ed ivi applicati, diventino norme e standard di riferimento anche in altre giurisdizioni in quanto applicati direttamente o indirettamente da Paesi terzi. Tale espressione, che è stata coniata e sviluppata in dottrina in particolare dalla Bradford, si riferisce alla circostanza in cui le normative, le regole ed i criteri dell'Unione possono essere applicati in maniera volontaria e spontanea da parte di operatori economici localizzati al di fuori del territorio dell'Unione, oppure alla diversa circostanza in cui, mediante il fattivo contributo di tali operatori, tali normative regole ed i criteri possano essere recepite da Paesi terzi nel loro ordinamento nazionale, in virtù della riconosciuta autorevolezza e qualità del livello di regolazione stabilito

¹⁷ *Ivi*, pp. 1365-1367.

¹⁸ J. SCOTT, *The new EU "extraterritoriality"*, cit., pp. 1367-1370.

in determinati settori dal diritto dell'Unione¹⁹. La peculiarità di tale modalità di applicazione della normativa dell'Unione all'esterno del proprio territorio, che si realizza attraverso l'effetto Bruxelles, consiste nel fatto che, a differenza di quanto avviene nei casi precedentemente esaminati di applicazione extraterritoriale e di estensione territoriale del normativa europea, in quest'ultimo caso non sussiste una esplicita volontà dell'Unione di estendere in modo volontario e diretto l'ambito di applicazione della propria normativa all'esterno del proprio territorio. Nelle circostanze caratterizzate dall'effetto Bruxelles, infatti, si realizza una modalità di applicazione che si potrebbe definire involontaria e indiretta della legislazione dell'Unione, mediante il comportamento fattivo e spontaneo degli operatori economici, che decidono di uniformarsi alla normativa dell'Unione, non necessariamente in funzione del loro più o meno elevato livello di connessione commerciale con il mercato interno europeo²⁰.

Secondo quanto evidenziato negli studi della Bradford esistono due varianti dell'effetto Bruxelles, che possono operare sia in modo indipendente fra di loro che in maniera congiunta e sinergica. Tali varianti sono state denominate "effetto Bruxelles *de facto*" ed "effetto Bruxelles *de jure*"²¹.

La prima di tali espressioni si riferisce alla circostanza in cui gli operatori economici localizzati in giurisdizioni diverse da quella europea, ma operanti sul mercato internazionale tendono in diversi settori ad adottare su base del tutto volontaria le normative e gli standard regolatori dell'Unione adeguando la loro condotta ad essi anche quando le loro azioni non hanno effetti sul mercato interno europeo o comunque essi non intendono esportare i loro prodotti all'interno del territorio doganale europeo. Sulla base dell'effetto Bruxelles *de facto* sono quindi gli operatori economici, e non gli Stati, che realizzano un'applicazione della normativa europea al di fuori del proprio territorio, assoggettandosi volontariamente alle normative, regole e standard europei e rendendoli di fatto criteri di riferimento a livello globale.

La seconda di tali espressioni, relativa all'effetto Bruxelles *de jure*, si riferisce alla circostanza in cui le normative e gli standard regolatori dell'Unione possono diventare il punto di riferimento per l'elaborazione delle normative nazionali di altri Paesi. Tale fenomeno comporta l'assoggettamento volontario da parte della normativa dei Paesi terzi in questione alle regole

¹⁹ A. BRADFORD, *The Brussels Effect*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 107, n. 1, 2012, pp. 1-68.

²⁰ A. BRADFORD, *The Brussels Effect*, New York, 2020; per la versione in italiano: A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles*, Milano, 2021.

²¹ *Ivi*, p. 24.

e ai criteri inizialmente concepiti ed applicati dall'Unione nell'ambito del mercato interno europeo. In tale circostanza, sono gli Stati, spesso spinti dai propri operatori economici, ad assoggettarsi volontariamente all'applicazione degli standard europei, in ragione della percezione della loro qualità e autorevolezza. Il fenomeno in esame può essere talvolta indotto o amplificato dalla politica europea in materia di azione esterna, che si realizza ad esempio attraverso la conclusione di accordi bilaterali tra l'Unione e i Paesi terzi. Molto più spesso, tuttavia, secondo quanto dimostrato dagli studi della Bradford, l'effetto Bruxelles *de jure* si realizza in conseguenza di scelte volontarie ed autonome da parte dei Paesi terzi in questione, che normalmente prescindono dalle azioni effettivamente poste in essere dall'Unione. In altre parole, l'applicazione della normativa europea al di fuori del proprio territorio non sarebbe tanto dovuta alla politica dell'Unione stessa, ma deriverebbe invece direttamente dalla volontà degli operatori economici localizzati in Paesi terzi, operanti a livello internazionale, che su base volontaria tendono ad utilizzare le regole e gli standard europei come criteri di riferimento per l'esercizio di tutte le loro attività a livello globale e spingono le istituzioni dei propri Paesi ad adottare tali regole e standard come punti di riferimento anche all'interno delle loro giurisdizioni nazionali.

Ne consegue che, secondo gli studi della Bradford, l'estensione dell'applicazione della normativa europea al di fuori del proprio territorio che si realizza mediante il fenomeno dell'effetto Bruxelles non sarebbe tanto da considerarsi come la conseguenza di un intento o di specifiche iniziative dell'Unione, ma si produrrebbe come conseguenza dell'operare spontaneo delle forze del mercato. Partendo da tale premessa, l'autrice nei suoi studi identifica le cinque condizioni che stanno alla base dell'effetto Bruxelles, ossia della capacità delle normative e degli standard europei di caratterizzarsi come criteri di riferimento che finiscono per imporsi su base volontaria anche nel contesto di altri ordinamenti giuridici. Le cinque condizioni identificate dalla Bradford consistono nella dimensione del mercato, nella capacità regolativa (o regolatoria) dell'Unione, nell'adozione di standard rigorosi che stanno alla base dell'autorevolezza della normativa dell'Unione, nell'adozione di obiettivi anelastici, nonché nella non divisibilità degli standard²².

La prima condizione consiste nella dimensione del mercato. La premessa per l'applicazione di tale condizione è che quanto più grande e rilevante risulta un mercato di consumo rispetto ai mercati alternativi disponibili a livello globale maggiore sarà la sua forza di attrattività per tutti gli opera-

²² *Ivi*, pp. 60-61.

tori economici. Secondo la Bradford, considerando che il mercato interno dell'Unione europea risulta il mercato di consumo più rilevante a livello globale, ne consegue la sua maggiore attrattività per tutte le imprese globali rispetto ad altri mercati potenzialmente concorrenti. Di conseguenza, le imprese operanti sui mercati globali tendono ad adeguarsi su base volontaria alle regole e agli standard in vigore nell'ordinamento europeo al fine di massimizzare le possibilità di accesso dei propri prodotti a tale mercato. Ciò spiegherebbe perché tale effetto di adeguamento volontario da parte delle imprese si realizza prioritariamente rispetto alle regole ed agli standard europei e lo stesso non avvenga invece allo stesso modo con riferimento alle regole ed agli standard di altri pur importanti mercati nazionali esistenti a livello globale, come ad esempio quelli degli Stati Uniti, della Cina o del Giappone.

La seconda condizione concerne la capacità regolativa (o regolatoria) dell'Unione europea. Con tale termine si intende la capacità di un determinato ordinamento, nella fattispecie quello europeo di adottare un sistema di regole efficienti e di possedere gli strumenti idonei a garantire l'effettiva implementazione di tali regole da parte degli operatori economici operanti all'interno di tale mercato. L'Unione europea possiede una riconosciuta capacità regolatoria che si concretizza ad esempio nella definizione di elevati standard di normazione tecnica, nonché in materia di tutela della salute e della sicurezza. Per tale motivo, gli standard adottati dall'Unione europea per regolamentare una determinata materia con riferimento al proprio mercato interno possiedono spesso la capacità di diventare criteri di riferimento a livello globale anche per operatori economici operanti in diverse giurisdizioni.

La terza condizione riguarda la volontà di un determinato ordinamento, nella fattispecie quello dell'Unione, di adottare normative rigorose e di riconosciuta qualità, che finiscono più facilmente di quelle di altri ordinamenti per imporsi in modo quasi spontaneo come standard di riferimento utilizzabili a livello globale da tutti gli operatori economici, in considerazione della loro autorevolezza. Nel caso specifico, la capacità regolatoria dell'Unione europea unita alla sua volontà di adottare standard rigorosi in numerosi settori e di implementarli in modo efficace hanno come conseguenza il fatto che la normativa dell'Unione sia spesso percepita dagli operatori economici che agiscono a livello globale come il migliore punto di riferimento normativo per l'adozione di standard universalmente applicabili.

La quarta condizione si riferisce alla presenza di obiettivi anelastici, ossia alla tendenza delle normative europee di imporsi a tutti gli operatori

economici che intendono esportare i loro prodotti nel mercato interno europeo, a prescindere dal luogo di produzione di tali prodotti. Ad esempio, dal momento che molto spesso gli standard tecnici e quelli in materia di salute e sicurezza adottati dall'Unione sono universalmente percepiti come standard di riferimento utilizzabili a livello globale, gli operatori economici operanti in più giurisdizioni tenderanno ad adottare gli standard europei come punti di riferimento per la fabbricazione dei loro prodotti, oltre a rispettare naturalmente gli standard specifici applicabili nel Paese nel quale la produzione viene effettuata. Per questo motivo la Bradford nella sua ricerca ha sostenuto che l'Unione europea costituisce un punto di riferimento per la definizione di standard applicabili a livello globale soprattutto nei settori caratterizzati da obiettivi anelastici, come ad esempio quelli relativi alla tutela dei consumatori, alla salute ed alla sicurezza dei prodotti, alla protezione ambientale ed alla protezione e riservatezza dei dati personali.

La quinta condizione riguarda il criterio della non divisibilità, il quale fa riferimento alla circostanza che gli operatori economici operanti a livello internazionale, in più giurisdizioni, hanno un interesse ad adottare per la loro produzione e per i loro prodotti le regole e gli standard che vengono percepiti come punti di riferimento a livello globale, tutte le volte in cui tali standard non siano tecnicamente divisibili rispetto ai diversi mercati in cui l'impresa può trovarsi ad operare. La condizione in questione si riferisce quindi alla standardizzazione delle regole e degli standard relativi ai processi produttivi o alle caratteristiche dei prodotti che tende ad essere adottata su base volontaria da parte degli operatori economici operanti in più giurisdizioni al fine di migliorare l'efficienza delle proprie attività economiche e migliorare la propria operatività e competitività nel mercato globale.

In conclusione, è opportuno sottolineare che secondo gli studi condotti dalla Bradford sull'effetto Bruxelles emerge che quest'ultimo si può dispiegare in molti settori, dal momento che sono diverse le aree in cui le normative e gli standard europei vengono percepiti dalle imprese operanti sul mercato internazionale come idonei criteri di riferimento globali a cui assoggettarsi, anche su base volontaria. Partendo da tale premessa, nei prossimi due paragrafi esamineremo il meccanismo CBAM come espressione paradigmatica dell'esportazione delle norme e degli standard dell'Unione in materia climatica al di fuori dei propri confini territoriali, nell'ambito dell'esercizio della sua azione esterna.

2. *Il meccanismo CBAM come espressione dell'azione esterna dell'Unione*

Il regolamento (UE) 2023/956 ha introdotto il meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere²³, noto come CBAM (*Carbon Border Adjustment Mechanism*), con l'obiettivo di uniformare le condizioni di trattamento per i prodotti importati da Paesi terzi a quelle applicate all'interno dell'Unione europea, in attuazione degli obiettivi climatici previsti dal Green Deal europeo²⁴. In particolare, il meccanismo in esame è concepito per fare in modo che le importazioni di prodotti provenienti da determinati settori industriali ricevano lo stesso trattamento che avrebbero se realizzati all'interno dell'Unione, dove le relative installazioni industriali sono soggette al sistema di controllo, riduzione e scambio delle emissioni (EU ETS)²⁵. Risulta quindi importante comparare brevemente il sistema EU ETS con il meccanismo CBAM per evidenziare gli elementi di collegamento e di sinergia tra questi due strumenti normativi dell'Unione.

²³ Regolamento (UE) 2023/956 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 10 maggio 2023, che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere, p. 52 ss.

²⁴ Sul Green Deal europeo e la sua dimensione climatica vedi ad esempio C. BINET, *L'Europe et son Green Deal: quel avenir pour le climat?*, in *JDE.*, n. 5, 2020, pp. 207-211; B. P. DE LAS HERAS, *European Climate Law(s): Assessing the Legal Path to Climate Neutrality*, in *Romanian Journal of European Affairs*, 2021, po. 19-32; A. SIKORA, *European Green Deal: legal and financial challenges of the climate change*, in *ERA Forum*, vol. 21, 3 November 2020, pp. 681-697; C. PESCE, *La rilevanza giuridica dell'obiettivo della neutralità climatica nell'Unione europea*, in *IANUS*, n. 28, 2023, pp. 99-120; K. KULOVESI, S. OBERTHÜR, H. VAN ASSELT, A. SAVARESI, *The European Climate Law: Strengthening EU Procedural Climate Governance?*, in *Journal of Environmental Law*, 2024, pp. 23-42; A. FESTA, *Verso l'obiettivo climatico del 2030: su alcuni sviluppi attuativi del Green Deal europeo attraverso norme vincolanti. Il pacchetto "Fit for 55%"*, in *EJ*, n. 1, 2024.

²⁵ Sul meccanismo CBAM e la sua origine vedi J. PAUWELYN, *Carbon Leakage Measures and Border Tax Adjustments under WTO Law*, in D. PRÉVOST, G. VAN CALSTER (eds.), *Research Handbook on Environment, Health and the WTO*, Cheltenham, 2012, pp. 448-506; K. KULOVESI, *EU Emissions Trading Scheme: Preventing Carbon Leakage Before and After the Paris Agreement*, in R. LEAL-ARCAS, J. WOUTERS (eds.), *Research Handbook on EU Energy Law and Policy*, Cheltenham, 2017, pp. 417-431; M. MEHLING, H. VAN ASSELT, K. DAS, S. DROEGE, C. VERJUIKL, *Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action*, in *American Journal of International Law*, vol. 113, 2019, pp. 433-481; T. MEYER, T. N. TUCKER, *A Pragmatic Approach to Carbon Border Measures*, in *World Trade Review*, vol. 21, 2022, pp. 109-120; S. SATO, *EU's Carbon Adjustment Mechanism: Will It Achieve Its Objective(s)?*, in *Journal of World Trade*, vol. 56, 2022, pp. 383-404; A. PIRLOT, *Carbon Leakage and International Climate Change Law*, in *Transnational Environmental Law*, vol. 13, 2024, pp. 61-86; G. MARÍN DURÁN, J. SCOTT, *Global EU Climate Action and the Principle of Common but Differentiated Responsibilities and Respective Capabilities*, *EUI Law Working Paper* 2024, in K. A. ARMSTRONG, J. SCOTT, A. THIES, *op. cit.*

Il sistema EU ETS costituisce un regime europeo finalizzato alla progressiva riduzione delle emissioni di gas serra provenienti dal settore industriale ed energetico²⁶, che è stato originariamente introdotto nell'ordinamento comunitario dalla direttiva CE 2003/87²⁷. Il sistema EU ETS si applica alle installazioni europee caratterizzate da un elevato consumo energetico, che includono la produzione di energia elettrica e di calore, nonché la produzione industriale in settori ad alta intensità energetica, come la raffinazione del petrolio, le acciaierie, la produzione di ferro e metalli, nonché la produzione di cemento, vetro, ceramica, legno, carta, cartone e prodotti chimici.

Il regime EU ETS si caratterizza come una forma di applicazione dell'approccio *cap and trade*, teorizzato dalla disciplina dell'economia ambientale. Tale approccio prevede l'applicazione simultanea di due pilastri strutturali interdipendenti tra di loro.

Il primo pilastro è quello del *cap*, che si configura come l'imposizione di un tetto massimo alle emissioni di gas serra che possono essere generate da ciascuna delle installazioni industriali ed energetiche assoggettate all'applicazione del regime. Per ciascuna di tali installazioni, localizzate nei diversi Paesi che partecipano al sistema EU ETS, la Commissione europea prevede a livello centralizzato un tetto annuale massimo non superabile. Tale tetto annuale massimo tende a decrescere di anno in anno sulla base di un coefficiente di diminuzione percentuale stabilito dalla normativa europea ed attuato in termini concreti dalla stessa Commissione, al fine di incentivare tutte le installazioni assoggettate all'applicazione del regime a ridurre nel corso del tempo il valore assoluto delle proprie emissioni di gas serra.

Il secondo pilastro è quello del *trade*, che si configura come la possibilità per le installazioni industriali ed energetiche partecipanti al regime EU ETS di commerciare in unità di riduzione delle emissioni di gas serra. La logica sottostante al sistema del commercio di emissioni risiede nel fatto che le installazioni assoggettate al regime in ciascun anno solare possono trovarsi ad emettere una quantità di emissione di gas serra inferiore o superiore a

²⁶ Sul sistema EU ETS vedi, ad es., M. PEETERS, M. G. FAURE, *Climate Change and European Emissions Trading: Lessons for Theory and Practice*, Cheltenham, 2008; S. BOGOJEVIC, *Emissions Trading Schemes: Markets, States and Law*, Oxford, 2013; S. E. WEISHAAR, *Emissions Trading Design: A Critical Overview*, Cheltenham, 2014; A. VERBRUGGEN, E. LAES, E. WOERDMAN, *Anatomy of Emissions Trading Systems: What is the EU ETS?*, in *Environmental Science & Policy*, vol. 98, 2019, pp. 11-19.

²⁷ Direttiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio.

quella a loro assegnata. Nel primo caso, esse potranno vendere sul mercato le unità di riduzione a loro assegnate che non siano state effettivamente utilizzate nell'anno solare in questione, mentre nel secondo caso esse potranno comprare sul mercato le unità di riduzione sufficienti a coprire la differenza tra l'ammontare a loro assegnato ed il loro effettivo fabbisogno di unità di riduzione per l'anno solare in questione. L'obiettivo complessivo del sistema di commercio in unità di riduzione delle emissioni è quello di incentivare comportamenti virtuosi delle imprese per promuovere nel corso del tempo la riduzione complessiva del loro contributo al fenomeno dei cambiamenti climatici, garantendo comunque la flessibilità per le imprese meno virtuose di poter gestire in maniera flessibile eventuali sforamenti della quantità massima annuale di emissioni a loro assegnate dal sistema. Nel complesso, la combinazione dei due elementi del *cap* e del *trade*, secondo la teoria dell'economia ambientale, suffragata dall'esperienza degli oltre 20 anni di applicazione del sistema EU ETS, risulta in grado di conseguire una complessiva riduzione delle emissioni di gas serra generate dal settore industriale ed energetico nel territorio europeo garantendo allo stesso tempo una certa flessibilità agli operatori economici interessati dall'applicazione del regime. Per questo motivo, il sistema EU ETS viene considerato a livello internazionale un esempio virtuoso di strumento per la lotta contro i cambiamenti climatici in grado di tutelare altresì la competitività del sistema energetico ed industriale europeo rispetto ai concorrenti operanti a livello globale.

Il sistema EU ETS costituisce l'antecedente normativo del meccanismo CBAM, in quanto esso si pone come lo strumento di completamento logico del sistema europeo di controllo e scambio delle emissioni di gas a effetto serra promuovendo una sua estensione all'ambito dell'azione esterna dell'Unione.

Il meccanismo CBAM si caratterizza prima di tutto per il perseguimento dell'obiettivo generale di contribuire al soddisfacimento degli impegni internazionali dell'Unione europea, in particolare quelli derivanti dall'Accordo di Parigi del 2015, il quale richiede alle parti contraenti di sviluppare una serie di politiche ed azioni interne per contribuire allo sforzo globale finalizzato a mantenere l'aumento medio della temperatura globale almeno al di sotto dei 2°C, e possibilmente al di sotto dei 1,5°C. Quest'ultimo obiettivo è stato ribadito dalle parti con il Patto di Glasgow, siglato durante la COP-26 del 2021, al fine di rafforzare l'azione cumulativa delle parti contraenti dell'Accordo di Parigi per la lotta contro il riscaldamento globale²⁸,

²⁸ Glasgow Climate Pact, 13 November 2021, UN Doc. FCCC/PA/CMA/2021/L.16.

in attuazione con quanto richiesto nel Rapporto del 2018 dal Gruppo di esperti sul cambiamento climatico (IPCC)²⁹.

Il meccanismo in esame si inserisce nel contesto della politica climatica dell'Unione, che è stata rafforzata con l'adozione del Green Deal europeo nel 2019, il quale in termini più generali ha dato un nuovo impulso al rilancio ed al rafforzamento delle politiche dell'Unione finalizzate alla promozione dello sviluppo sostenibile, nelle sue tre dimensioni economica, sociale ed ambientale. In tale contesto, il Green Deal ha fissato come obiettivo climatico di lungo termine dell'Unione il perseguimento della neutralità climatica entro il 2050, accompagnato da un impegno a più breve termine di riduzione delle emissioni di gas serra del 55% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030. Tali obiettivi sono stati resi vincolanti dal Regolamento 2021/1119, noto come "legge europea sul clima"³⁰.

Nel contesto della politica climatica globale ed europea, il regolamento CBAM persegue altresì l'obiettivo specifico di affrontare il rischio di "rilocalizzazione" delle emissioni di carbonio. Le istituzioni europee hanno infatti concepito e sviluppato il meccanismo in esame per mitigare il rischio che a causa dei costi imposti dalle politiche climatiche, e segnatamente dall'applicazione del sistema di controllo, riduzione e scambio delle emissioni (EU ETS), le imprese europee possano scegliere di trasferire la loro produzione in Paesi con normative meno severe, generando così fenomeni di concorrenza sleale e contribuendo ad aumentare le emissioni globali di gas serra. Per questo motivo, il meccanismo CBAM è stato progettato per creare un "*level playing field*" tra le imprese europee e gli importatori di prodotti da Paesi terzi con riferimento ai seguenti settori industriali, che corrispondono in linea di massima a quelli assoggettati al sistema EU ETS, vale a dire: siderurgia, raffinerie, cemento, alluminio, prodotti chimici organici di base, idrogeno, concimi³¹.

Il meccanismo CBAM prevede un parallelismo tra l'applicazione del sistema EU ETS alle imprese europee e quella del meccanismo in questione ai prodotti importati, con l'obiettivo di stabilire un prezzo del carbonio per

²⁹ IPCC, Report, Global Warming of 1.5°C, 2018.

³⁰ Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («normativa europea sul clima»).

³¹ La lista dei settori a cui si applica il meccanismo CBAM è sancita all'Allegato 1 del regolamento CBAM e corrisponde ai settori già assoggettati all'applicazione del sistema EU ETS.

le merci importate simile a quello applicato ai prodotti fabbricati nell'Unione. Tuttavia, mentre il sistema EU ETS si applica a specifici processi produttivi, il CBAM si concentra sull'importazione delle merci appartenenti ai medesimi settori produttivi. Inoltre, deve essere sottolineato che mentre inizialmente il CBAM si applicherà solo alle emissioni dirette di gas serra, nel futuro potrebbe estendersi anche a quelle indirette, ossia quelle provenienti dalla produzione di energia elettrica utilizzata per produrre le merci rilevanti.

L'implementazione del meccanismo in esame presenta alcune rilevanti sfide giuridiche, tra cui in particolare quella riguardante la compatibilità con il diritto del commercio internazionale, in particolare con le disposizioni dell'accordo GATT. L'assoggettamento dei prodotti al meccanismo potrebbe essere interpretato *prima facie* come una misura tariffaria, la cui conformità con gli articoli I e III del GATT andrà verificata attentamente. Le istituzioni dell'Unione confidano però nella circostanza che se anche il meccanismo dovesse essere considerato in contrasto con le suddette disposizioni del GATT, le misure europee adottate in attuazione del regolamento CBAM potrebbero risultare giustificabili sulla base delle eccezioni previste nell'articolo XX(b) e XX(g) del GATT. A tale proposito, va tuttavia sottolineato che, per la verità, fino ad ora le eccezioni sopra menzionate sono state applicate solo con riferimento a motivazioni legate ad esigenze di protezione ambientale, ma mai per la tutela di interessi legati all'emergenza climatica globale. In ogni caso, l'effettiva giustificabilità delle misure europee collegate all'attuazione del meccanismo in esame sarà altresì subordinata alla dimostrazione del rispetto del principio di non discriminazione previsto dallo *chapeau* del medesimo articolo XX del GATT.

L'implementazione del regolamento CBAM avverrà in due fasi. Nella prima fase, la cosiddetta fase transitoria, che durerà fino al 31 dicembre 2025, non verranno ancora applicate le misure tariffarie previste, ma sarà realizzata soltanto una mappatura delle importazioni nel mercato interno europeo dei prodotti di Paesi terzi potenzialmente assoggettabili al meccanismo in esame. Solo con la seconda fase, la cosiddetta fase operativa, che inizierà il 1° gennaio 2026, è previsto l'avvio della concreta applicazione delle misure tariffarie ai prodotti importati da Paesi terzi che non siano stati assoggettati nel Paese di origine a sistemi di controllo, riduzione e scambio delle emissioni comparabili con il sistema EU ETS. L'applicazione delle misure tariffarie connessa all'attuazione del meccanismo in esame rientra nell'esercizio della politica commerciale comune dell'Unione e nell'imposizione della tariffa doganale comune ai prodotti provenienti da Paesi terzi. Di conseguenza, è

previsto che le entrate generate dal CBAM vadano direttamente a confluire nel bilancio dell'Unione, come risorse proprie, senza passare per i bilanci nazionali degli Stati membri.

Il meccanismo CBAM prevede due principali possibilità di esenzione dall'applicazione delle misure tariffarie da esso previste. La prima possibilità si riferisce all'esenzione per Paese, prevista dall'articolo 2, paragrafo 6, del regolamento, ai sensi della quale in talune circostanze possono essere esentate dall'applicazione del meccanismo in questione le merci provenienti dai Paesi terzi non appartenenti all'Unione europea a cui si applica il sistema EU ETS. Ciò è possibile nel caso in cui tra tali Paesi terzi e l'Unione sia stato concluso uno specifico accordo per l'estensione dell'applicazione del sistema EU ETS al loro territorio. I Paesi terzi interessati da tale possibilità di esenzione sono elencati nell'Allegato 3, punto 1 del regolamento. Essi corrispondono a due diverse categorie di Paesi. La prima riguarda gli Stati appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), ossia la Norvegia, l'Islanda ed il Liechtenstein. Ad essi si applica pienamente il sistema EU ETS. La seconda categoria riguarda i Paesi non appartenenti al sistema EU ETS, i quali hanno concluso con l'Unione un accordo di collegamento tra il loro sistema nazionale ed il sistema EU ETS, denominato accordo *linking*. L'unico esempio di un tale tipo di accordo attualmente in vigore è quello con la Svizzera, che quindi rappresenta per il momento il solo Paese elencato nell'Allegato 3 del regolamento CBAM che appartiene a tale seconda categoria. Deve essere tuttavia sottolineato che l'Unione europea da diversi anni ha avviato una politica di dialogo con diversi Paesi europei e non europei che possiedono sistemi nazionali controllo, riduzione e scambio comparabili con il sistema EU ETS. Un esempio di tale dialogo è quello con il Regno Unito, il quale dopo il suo recesso dall'Unione europea ha mantenuto in vigore un sistema nazionale molto simile al sistema EU ETS. In ogni caso, come menzionato sopra, la possibilità per un Paese terzo di concludere un accordo di collegamento con l'Unione europea non è limitata ai soli Stati del continente europeo, ma può avvenire anche con Paesi extraeuropei nei quali esista un sistema il controllo, riduzione e scambio delle emissioni comparabile con quello europeo. A tal fine, il regolamento CBAM dispone che il già menzionato elenco di Paesi previsto dall'Allegato 3 possa essere modificato direttamente da parte della Commissione europea, senza la necessità di una formale modifica del regolamento, nel caso che vengano conclusi ulteriori accordi di collegamento tra il sistema EU ETS e quelli di altri Paesi.

La seconda possibilità di esenzione consiste nell'esenzione individuale, stabilita dall'articolo 9 del regolamento. Sulla base di tale disposizione,

un singolo operatore economico che importa i suoi prodotti all'interno nel territorio doganale europeo assoggettabili al meccanismo CBAM può richiedere una esenzione parziale o totale dall'applicazione della misura tariffaria prevista, nel caso in cui le merci importate abbiano già pagato nel loro Paese di origine un prezzo per il carbonio corrispondente alle emissioni incorporate in tali prodotti. Per potersi avvalere di tale eccezione, il richiedente deve dimostrare l'effettivo pagamento di un determinato prezzo del carbonio nel Paese terzo dove le merci sono state prodotte. In tale contesto, va rilevato che la Commissione europea detiene la competenza esclusiva di verificare il rispetto delle condizioni previste e di determinare l'eventuale concessione di una esenzione individuale, parziale o totale, dall'applicazione delle misure tariffarie previste dal meccanismo. Ne consegue che il sistema delle eccezioni previsto dal regolamento CBAM viene a conferire un rilevante potere discrezionale concentrato nelle mani della Commissione europea.

In conclusione, si può sostenere che sebbene il meccanismo CBAM preveda l'applicazione di misure tariffarie per l'importazione di prodotti provenienti da Paesi terzi che non possiedono un sistema di controllo, riduzione e scambio delle emissioni simile all'EU ETS, il suo obiettivo principale non sembra tanto quello di generare nuove entrate per l'Unione, ma piuttosto quello perseguire due diversi obiettivi. Il primo è quello di garantire una maggiore incisività e flessibilità nel perseguimento delle politiche climatiche a livello globale, in attuazione dell'Accordo di Parigi, al fine di fornire un contributo alla riduzione globale delle emissioni di gas serra più efficiente e più marcata, mediante l'incentivazione dell'adozione nei Paesi terzi che intrattengono relazioni commerciali con l'Unione di sistemi nazionali comparabili al sistema EU ETS. Il secondo è quello di proteggere la competitività delle imprese europee assoggettate al sistema EU ETS, attualmente esposte alla concorrenza sleale di imprese localizzate al di fuori del mercato interno dell'Unione e soggette quindi al rischio di "rilocalizzazione". Questo secondo obiettivo risulta caratterizzato da una matrice economica, piuttosto che climatica, collegata con il buon funzionamento del mercato interno europeo. L'applicazione del meccanismo CBAM, infatti, risulta finalizzata alla protezione delle installazioni industriali europee sottoposte all'applicazione del sistema EU ETS dalla concorrenza di operatori economici localizzati in Paesi terzi, in considerazione del fatto che in assenza di un meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera le imprese europee possono risultare soggette all'applicazione di standard climatici meno elevati di quelli previsti per le imprese concorrenti operanti al di fuori del territorio dell'Unione.

3. *Il meccanismo CBAM tra effetto Bruxelles ed estensione territoriale*

Come abbiamo già evidenziato sopra, lo scopo principale dell'istituzione del meccanismo CBAM da parte dell'Unione è stato quello di istituire un *level playing field* tra la produzione (nel territorio doganale europeo) e l'importazione (dall'esterno di esso) di merci appartenenti ai settori soggetti all'applicazione del sistema EU ETS. In termini concreti, ciò si realizza creando una parità di trattamento tra le installazioni industriali europee appartenenti a determinati settori assoggettati al sistema EU ETS e gli importatori di prodotti fabbricati al di fuori del territorio dell'Unione corrispondenti a quelli a cui si applica il sistema EU ETS, al fine di pervenire ad un sistema integrato all'interno del quale i corrispondenti prodotti importati sono assoggettati a costi relativi al prezzo del carbonio equivalenti a quelli sostenuti dai produttori europei assoggettati all'applicazione del sistema EU ETS.

A tale proposito, è possibile a mio avviso sostenere che il meccanismo CBAM costituisce una modalità di espressione dell'azione esterna dell'Unione, nel contesto della sua politica climatica, che si realizza in stretta connessione con l'applicazione del sistema EU ETS nell'ambito del mercato interno europeo. Il parallelismo applicativo tra il sistema EU ETS ed il meccanismo CBAM realizza un'esportazione dei valori e degli standard climatici europei all'esterno del suo territorio doganale. In termini più precisi e concreti, l'esportazione delle regole europee in materia di controllo delle emissioni di gas a effetto serra che si realizza attraverso l'applicazione del meccanismo CBAM si colloca nel contesto delle due modalità di applicazione unilaterale della normativa europea al di là dei propri confini territoriali rappresentate da una parte dall'estensione territoriale della normativa dell'Unione e dall'altra dall'effetto Bruxelles. Resta da verificare all'interno di quale tra tali due modalità risulti più appropriato collocare tale meccanismo.

A tal fine, risulta importante richiamare che, come evidenziato sopra, da una parte l'espressione estensione territoriale della normativa dell'Unione si riferisce al fenomeno dell'ampliamento dell'ambito di applicazione della normativa europea all'esterno del suo territorio, che si realizza in presenza di una connessione territoriale. Quest'ultima risulta solitamente collegata agli effetti che la condotta di un Paese terzo o di un operatore economico situato in un Paese terzo, e quindi all'esterno del territorio dell'Unione, può esercitare sul mercato interno europeo. Dall'altra parte, l'espressione effetto Bruxelles si riferisce alla circostanza nella quale si realizza un'esportazione in altre giurisdizioni nazionali della normativa e/o degli standard europei, inizialmente concepiti esclusivamente per il mercato interno europeo, che

diventano direttamente o indirettamente gli standard di riferimento in altri ordinamenti giuridici, in virtù di una loro applicazione spontanea e volontaria da parte di operatori economici localizzati all'esterno del mercato interno europeo. Tale applicazione volontaria non è solitamente promossa o influenzata dall'Unione, ma si basa piuttosto sul riconoscimento della normativa dell'Unione come lo standard di riferimento più autorevole in un determinato settore che risulta effettivamente utilizzato dagli operatori economici operanti a livello internazionale come benchmark di riferimento sul mercato globale.

In termini concreti, come già esaminato sopra, l'effetto Bruxelles si realizza tutte le volte in cui si verifica l'adeguamento spontaneo da parte degli operatori economici agli standard previsti dall'Unione per il funzionamento del proprio mercato interno (effetto Bruxelles *de facto*) oppure l'adozione di normative da parte di Paesi terzi che recepiscono tali standard (effetto Bruxelles *de iure*). Tali circostanze si differenziano però dalla situazione in cui si verifica una esportazione deliberata, o addirittura si realizza una forma di imposizione, da parte dell'Unione dei propri valori e dei propri standard ad operatori economici situati in Paesi terzi e quindi al di fuori del territorio doganale dell'Unione. A questa seconda situazione, riconducibile all'estensione territoriale della normativa dell'Unione, sembra appartenere il fenomeno dell'ampliamento dell'ambito di applicazione territoriale dei propri standard in materia di controllo, riduzione e scambio delle emissioni di gas serra che si realizza mediante l'applicazione del meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera, il quale opera, come evidenziato sopra, in stretta connessione con il funzionamento del sistema EU ETS nel contesto del mercato interno dell'Unione.

In conclusione, mi pare quindi che l'istituzione del meccanismo CBAM possa essere letta come l'espressione della volontà dell'Unione di rafforzare il suo ruolo di regolatore di riferimento a livello globale in materia di lotta contro i cambiamenti climatici, in attuazione degli obiettivi della politica climatica europea che l'Unione si è data con il Green Deal europeo. In tal senso, l'istituzione del meccanismo in esame rientrerebbe pienamente nell'esercizio della cosiddetta "diplomazia del Green Deal" dell'Unione³², finalizzata a diffondere i propri valori ed i propri standard al di fuori del suo territorio, mediante l'estensione territoriale dell'ambito di applicazione delle regole inizialmente adottate per il suo mercato interno. Secondo tale

³² Comunicazione della Commissione, dell'11 dicembre 2019, COM (2019) 640final, p. 22.

chiave di lettura, l'applicazione del meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera si colloca quindi a pieno titolo nel contesto dell'azione esterna dell'Unione, nell'ambito della quale essa si pone come un regolatore di rilevanza globale che tenta di imporre le sue regole ed i suoi standard climatici nei confronti di tutti suoi partner commerciali, ovunque essi siano localizzati.

Abstract (ita)

In tempi recenti, l'Unione europea, nell'ambito dell'esercizio della sua azione esterna, ha incrementato l'applicazione unilaterale della propria legislazione al di là dei suoi confini territoriali. Tale applicazione unilaterale si realizza con tre diverse modalità, l'applicazione extraterritoriale in senso stretto, l'estensione territoriale della normativa ed il cosiddetto effetto Bruxelles. Il presente contributo, dopo aver analizzato tali modalità applicative, presenta un approfondimento sul meccanismo CBAM come espressione dell'azione esterna dell'Unione, tra effetto Bruxelles ed estensione territoriale.

Abstract (eng)

In recent times, the European Union, in the exercise of its external action, has increased the unilateral application of its legislation beyond its territorial borders. This unilateral application is achieved through three different methods, the extraterritorial application in a strict sense, the territorial extension of its legislation and the so-called Brussels effect. The present contribution, after having analyzed these application methods, presents an analysis of the CBAM mechanism as an expression of the external action of the Union, between the Brussels effect and the territorial extension.

REVOCA E ATTRIBUZIONE DELLA CITTADINANZA: QUALI CONDIZIONAMENTI IMPONGONO LE DISPOSIZIONI DEI TRATTATI SULLA CITTADINANZA EUROPEA E QUELLE SULLA POLITICA ESTERA E DI SICUREZZA COMUNE?

Sara Poli*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I condizionamenti del diritto dell'UE con riguardo alla revoca della cittadinanza nazionale. – 3. I condizionamenti del diritto dell'UE sul potere di attribuzione della cittadinanza alla luce del contenzioso *Commissione/Malta*: i motivi alla base del ricorso. – 3.1. La contestazione dell'avvio del ricorso per infrazione nei confronti di Malta da parte della dottrina. – 3.2. Le conclusioni dell'AG che propongono di respingere il ricorso. – 3.3. La risposta della Corte di giustizia: la mercificazione della cittadinanza europea è incompatibile con il diritto primario. – 3.4. Una sentenza che contrasta il fenomeno dell'abuso della cittadinanza europea...senza che esista un divieto di abuso. – 3.5. Il programma *Citizenship by Investment* (CBI) maltese viola i valori dell'UE? I contorni ambigui del ricorso al principio della solidarietà. – 3.6. La violazione dei principi della fiducia reciproca e di leale cooperazione non è sufficiente per considerare illegale il programma di CBI maltese. – 4. L'attribuzione della cittadinanza e i condizionamenti dell'esercizio di tale prerogativa nazionale dovuti alla PESC. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Come è noto, la cittadinanza europea ha un carattere aggiuntivo o accessorio rispetto a quella nazionale¹. Infatti, allo stato attuale di sviluppo del

* Professoressa ordinaria di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Pisa.

¹ Art. 20, par. 1, TFUE. La letteratura in materia di cittadinanza europea è assai ampia. *Ex multis*, v. B. NASCIBENE, *Nationality Law and the Law of Regional Integration Organisation Towards New Residence Status?*, Leiden, 2022; T. KOSTAKOPOULOU, D. THYM (eds.), *Research Handbook on European Union Citizenship law and policy: navigating challenges and crises*, Cheltenham, 2022; S. MARINAI, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali: profili internazionalistici ed Europei*, Milano, 2017; E. SPAVENTA, *Earned Citizenship – Understanding Union Citizenship through Its Scope*, in D. KOCHENOV (ed.), *Citizenship within the EU Federal Context*, Cambridge, 2017, p. 204 ss.; A. TIZZANO, *Alle origini della cittadinanza europea*, in *DUE*, n. 4, 2010, p. 1031 ss.; J. SHAW, *The Transformation of Citizenship in the European Union*, Cambridge, 2007; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006; M. DOUGAN, *The*

processo di integrazione europea, la competenza a stabilire chi appartiene alla comunità politica di uno Stato membro appartiene a ciascuno dei 27 Paesi dell'UE. Questi ultimi sono tenuti a rispettare il diritto dell'Unione nell'esercizio delle loro competenze²; si tratta del principio che Bruno De Witte³ definisce in modo efficace del «no, ma», intendendo che l'UE non è competente ma è in grado di condizionare l'esercizio delle competenze nazionali.

Nell'Unione europea il conferimento della cittadinanza non ha conseguenze solo all'interno del Paese di naturalizzazione ma anche per tutti gli altri poiché il possesso della cittadinanza nazionale si configura come la condizione necessaria per l'accesso al corredo dei diritti collegati alla cittadinanza europea, tra cui quelli di circolazione e soggiorno nel territorio di altri Stati membri⁴. Proprio in virtù delle conseguenze che discendono dal possesso della cittadinanza nazionale, ci sembra sia possibile sostenere che il processo di attribuzione della stessa a livello nazionale dovrebbe essere soggetto ad alcuni condizionamenti sovranazionali. Si tratta di stabilire quali.

Mentre la Corte di giustizia si è già pronunciata sull'influenza che la perdita della cittadinanza europea determina sul potere di revoca di quella nazionale, fino al 29 aprile 2025⁵ non c'erano state pronunce concernenti i condizionamenti che il diritto dell'UE impone agli Stati membri quando determinano a chi attribuire la propria cittadinanza. La questione risulta particolarmente spinosa in relazione ai programmi di attribuzione della cittadinanza in cambio di investimenti (i «Programmi di CBI» o «golden passports»⁶ o di «cittadinanza tramite investimento») che Paesi come Cipro,

Constitutional dimension to the case law on Union citizenship, in *ELR*, vol. 31, 2006, p. 613 ss.; C. CLOSA, *Citizenship of the Union and Nationality of the Member States*, in *CMLR*, vol. 32, 1995, p. 487 ss.

² Uno Stato membro non può limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro. Al riguardo v. Corte giust. 7 luglio 1992, C-369/90, *Micheletti e a. / Delegación del Gobierno en Cantabria*. V. anche le conclusioni dell'Avv. gen. Tesaurò, del 30 gennaio 1992, C-369/90, *Micheletti*, par. 10.

³ B. DE WITTE, *Exclusive Member State Competences-Is There Such a Thing?*, in S. GARBEN, I. GOVARE (eds.), *The Division of Competences Between the EU and its Member States*, Oxford e Portland, 2017, p. 56 ss.; L. AZOLUAI, *La Formule des Compétences Retenues des États membres Devant la Cour de Justice de l'Union européenne*, in E. NEFRAMI (sous la direction de), *Objectifs et Compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2012, p. 341 ss.

⁴ Art. 20, par. 2, lett. a), TFUE.

⁵ Corte giust. 29 aprile 2025, C-181/23, *Commissione/Malta* (Citoyenneté par investissement).

⁶ I programmi in questione sono finalizzati ad attrarre investimenti all'interno degli Stati

Malta, Bulgaria e Romania hanno adottato (nel caso del secondo Paese sin dal 2014)⁷. I problemi collegati a tali Programmi sono stati discussi sia dal Parlamento europeo⁸ che dalla Commissione⁹ ed hanno assunto un rilievo politico speciale quando Malta¹⁰ si è trovata a decidere se continuare ad applicare il suo Programma a cittadini russi e bielorusi, dopo lo scoppio del conflitto in Ucraina nel 2022.

La Commissione ha preso contatti con le autorità maltesi sin dall'aprile del 2020 con l'invio di una lettera informale che contestava la conformità del programma di cittadinanza tramite investimento disciplinato da una legge del 2014¹¹ con le disposizioni dei Trattati.

Nell'ottobre 2020 l'istituzione sopra menzionata aveva inviato una lettera di messa in mora che contestava a Malta la violazione dell'art. 20, par. 1, TFUE e dell'art. 4, par. 3, TUE; dopo che una legge e un regolamento nel 2020¹² avevano introdotto alcune modifiche alla precedente disciplina, la Commissione aveva spedito una seconda lettera di messa in mora nel 2021¹³

membri che li hanno istituiti, in cambio dell'attribuzione della cittadinanza o del diritto di soggiorno.

⁷ La legge maltese 47/2014 *Individual Investor Programme of the Republic of Malta Regulations*, 2014, Government Gazette of Malta No. 19,205 – 4 febbraio 2014.

⁸ Il Parlamento europeo aveva espresso un orientamento critico rispetto alle legislazioni che concedono i «golden passports» nel 2014 (v. risoluzione, del 16 gennaio 2014, sulla cittadinanza dell'UE in vendita, (2013/2995(RSP)); la posizione viene ribadita anche in una risoluzione del 2022 in cui fa riferimento alla mercificazione della cittadinanza europea, un'espressione che sarà poi ripresa anche nella sentenza della Corte di giustizia nell'ambito ricorso per infrazione contro Malta. V. anche la risoluzione del Parlamento europeo, del 9 marzo 2022, recante proposte all'indirizzo della Commissione concernenti i programmi per la concessione della cittadinanza e del soggiorno in cambio di investimenti (2021/2026(INL)).

⁹ Sin dal 2019 tale istituzione aveva espresso una chiara posizione di sfavore nei confronti dei provvedimenti nazionali che incentivano gli investimenti di cittadini stranieri in cambio sia dell'acquisto della cittadinanza, sia dell'ottenimento del diritto di soggiorno. V. Commissione europea, relazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Programmi di soggiorno e di cittadinanza per investitori nell'Unione europea, COM (2019) 12final, 23 gennaio 2019.

¹⁰ M. M. MENTZELOPOULOU, C. DUMBRAVA, European Parliamentary Research Service, *Acquisition and Loss of Citizenship in EU Member States – Key Trends and Issues*, 2018, p. 8, disponibile online.

¹¹ Legge maltese 47/2014, cit.

¹² Il regolamento del 20 novembre 2020 sulla concessione della cittadinanza per servizi eccezionali permetteva a talune condizioni di attribuire ad investitori stranieri la cittadinanza in cambio di investimenti relativamente modesti allo scadere di 12 mesi di residenza nel Paese.

¹³ www.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_2743. Nello stesso perio-

riguardo alla legge sulla concessione della cittadinanza maltese per servizi eccezionali (2020). Le norme interne maltesi permettevano, *inter alia*, la naturalizzazione anche laddove un investitore straniero effettuasse pagamenti o investimenti diretti finalizzati allo sviluppo economico e sociale del Paese, in assenza di un legame effettivo con quest'ultimo¹⁴. Nel 2021 anche a Cipro¹⁵ venivano contestati addebiti simili a quelli di Malta.

Il 6 ottobre 2022 la Commissione emetteva un parere motivato considerato che il Paese da ultimo citato aveva mantenuto in vigore il programma di CBI, pur avendolo sospeso per alcune categorie di richiedenti, tra cui i cittadini russi e bielorusi¹⁶.

Il 29 aprile 2025 la Corte di giustizia ha accolto il ricorso di infrazione con una storica sentenza: *Commissione/Malta*¹⁷ (o «procedimento in esame») che considera incompatibile con il diritto dell'UE il programma di cittadinanza tramite investimenti di tale Paese. Il governo maltese ha dichiarato di voler rispettare la decisione giudiziaria¹⁸.

In questo saggio l'autrice si propone di analizzare i condizionamenti che il diritto dell'UE impone agli Stati membri nell'attribuzione della cittadinanza. Dopo aver sinteticamente illustrato le condizioni sostanziali e procedurali poste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia qualora le autorità nazionali decidano di revocare la cittadinanza – e dunque anche la cittadinanza europea (par. 2) – saranno illustrati i motivi alla base del ricorso per infrazione contro Malta (par. 3) ed esaminate in modo critico alcune delle prese di posizione della dottrina conseguenti all'avvio di tale ricorso (par. 3.1). Poi, il saggio si sofferma sulle conclusioni rese dall'AG Collins nella causa in esame (par. 3.2).

do la Commissione comincia ad interessarsi anche dei programmi CBI della Bulgaria ma il 24 marzo 2022 tale Paese ha approvato un emendamento alle norme interne in materia di cittadinanza per investimenti al fine di abrogarle. V. www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_2068.

¹⁴ Sulla base del regolamento, del 20 novembre 2020, cit., tra le condizioni che consentono di acquisire la cittadinanza è previsto che un investitore straniero versi al governo maltese un contributo di 750 000 euro, acquisti o prenda in affitto un immobile residenziale, effettui una donazione ad una organizzazione con scopi sociali di varia natura e residenza per 12 mesi a Malta.

¹⁵ www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_20_1925.

¹⁶ www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_2068.

¹⁷ *Commissione/Malta*, sopra citata. V. anche conclusioni dell'Avv. gen. Collins, del 4 ottobre 2024, C-181/23, *Commissione/Malta*.

¹⁸ www.gov.mt/en/Government/DOI/Press%20Releases/Pages/2025/04/29/PR250702en.aspx, 29 aprile 2025.

I punti principali della sentenza della Corte di giustizia nel procedimento di infrazione contro Malta sono sinteticamente esposti nel paragrafo 3.3, mentre di seguito saranno messi in rilievo i punti critici della sentenza che portano a dichiarare illegale il Programma di CBI maltese: in particolare, la difficoltà di dichiarare incompatibile con il diritto primario la legislazione contestata, in assenza di una clausola sull'abuso della cittadinanza europea (par. 3.4) e il ricorso a principi quali quelli della solidarietà (par. 3.5), della fiducia reciproca e della leale cooperazione (par. 3.6). Infine, prima di formulare alcuni rilievi conclusivi nel paragrafo 5, il saggio affronta un ulteriore problema (par. 4): se le disposizioni del Trattato che regolano la PESC possano condizionare l'esercizio della competenza esclusiva degli Stati membri ad attribuire la cittadinanza nazionale.

2. *I condizionamenti del diritto dell'UE con riguardo alla revoca della cittadinanza nazionale*

La perdita della cittadinanza di uno degli Stati membri determina anche la cessazione dello *status* di cittadino europeo. Questa circostanza ha permesso alla Corte di giustizia di individuare una serie di limiti al diritto degli Stati membri di revocare la cittadinanza nazionale nell'ambito di alcune decisioni giudiziarie¹⁹, rese tra il 2010 e il 2024. La prima pronuncia in cui viene in rilievo l'incidenza che il possesso della cittadinanza europea può avere sulla perdita della cittadinanza nazionale è relativa alla causa *Rottmann*²⁰. Il punto di diritto su cui ruota la sentenza citata è se il possesso della cittadinanza europea ponga dei limiti allorché le autorità di uno Stato membro (la Germania) intendano revocare la cittadinanza ad un cittadino di altro Paese dell'UE (l'Austria) che aveva acquisito la cittadinanza dello Stato ospite con la frode²¹. In questa prima pronuncia, che indubbiamente riguardava una

¹⁹ Per commenti sulla giurisprudenza in esame v. F. L. GATTA, *The If and the How: Losing the EU Citizenship, but with Due Regard to the Due Process of (EU) Law*, in EP, n. 1, 2024, p. 131 ss.; C. PRENER, *Citizenship Revocation and the Question of Proportionate Consequences*, in *The Statelessness & Citizenship Review*, n. 1, 2023, p. 112 ss.; M. F. ORZAN, *Da Rottmann a Tjebbes e.a.: riflessioni sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cittadinanza europea*, in ODU, 2019, p. 997 ss.

²⁰ Corte giust. 2 marzo 2010, C-135/08. V. M. E. BARTOLONI, *Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione europea: il caso Rottmann*, causa C-135/08, 2 marzo 2010, in DUDI, 2010, p. 423 ss.

²¹ M. FERRI, *Il sindacato della Corte di giustizia in materia di cittadinanza nazionale*, in RDI, n. 1, 2024, p. 179 ss.

fattispecie molto specifica²², il giudice dell'UE ha imposto a quello del rinvio di verificare se il provvedimento di revoca della cittadinanza tedesca fosse proporzionato alle conseguenze che discendono per l'individuo interessato da tale decisione. Così disponendo, la Corte di giustizia chiarisce che il controllo sulla proporzionalità della decisione nazionale di revoca è soggetto al sindacato del giudice dell'Unione.

Nella medesima sentenza sono state stabilite le condizioni che le autorità nazionali devono rispettare prima di procedere alla revoca della cittadinanza. Mentre nel caso in esame la Corte ha rimesso a queste ultime il compito di verificare la violazione del principio di proporzionalità, in pronunce successive ha proceduto a identificare essa stessa i fattori da tenere in considerazione qualora una norma interna preveda la perdita della cittadinanza. In particolare, nella sentenza *Tjebbes*²³ ha riconosciuto che è necessario condurre un esame individuale delle conseguenze derivanti da tale situazione per i ricorrenti e ha dato così delle linee guida specifiche da seguire alle autorità olandesi sul modo in cui il test della proporzionalità doveva essere effettuato. Inoltre, ha stabilito che le norme interne che determinavano la perdita automatica della nazionalità per i cittadini olandesi minori, dovessero essere valutate alla luce del principio dell'interesse superiore del minore, *ex art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* («CDFUE»). Infine, ha prescritto che fosse possibile riacquistare la cittadinanza *ex tunc*.

I condizionamenti imposti dalla Corte di giustizia alla decisione sovrana di revocare la cittadinanza si sono dunque progressivamente accresciuti anche alla luce dei limiti imposti dal rispetto della menzionata CDFUE. In una successiva pronuncia, *JY*²⁴, quest'ultimo orientamento giurisprudenziale si è consolidato: il rispetto della vita familiare²⁵ di cui è titolare il cittadino dell'UE deve essere bilanciato con l'interesse a tutelare l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza dello Stato membro che revoca la garanzia di concessione della cittadinanza.

In questa sentenza era in discussione la proporzionalità della revoca della garanzia di concessione della cittadinanza austriaca da parte delle competenti autorità nazionali nei confronti di una cittadina estone. Quest'ultima, dopo aver ottenuto tali garanzie ed aver rinunciato alla sua cittadinanza di

²² La perdita della cittadinanza del Paese ospite (ospite) determinava anche la perdita dello Stato di origine (la Germania) rendendo l'interessato apolide.

²³ Corte giust. 12 marzo 2019, C-221/17.

²⁴ Corte giust. 18 gennaio 2022, C-118/20.

²⁵ Art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

origine, aveva commesso infrazioni al codice della strada austriaco punibili con sanzioni amministrative, e rischiava così di rimanere apolide. La questione era se gli atti illeciti commessi dalla ricorrente giustificassero, in nome dell'esigenza di tutelare l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza, la revoca della garanzia di ottenere la cittadinanza austriaca.

La Corte di giustizia prima impone alle autorità nazionali di verificare se la decisione sopra menzionata, qualora conduca alla perdita dello status di cittadino dell'Unione, comporti conseguenze che incidono in modo sproporzionato sullo sviluppo normale della sua vita familiare e professionale²⁶. Poi, svolge essa stessa tale valutazione: ritiene che nelle circostanze del caso le autorità nazionali abbiano adottato una decisione di revoca che è sproporzionata rispetto all'obiettivo di proteggere gli interessi pubblici sopra menzionati, trattandosi di illeciti amministrativi relativi al codice della strada²⁷.

Nelle sentenze rapidamente richiamate in questo commento emerge come il potere degli Stati membri di revocare la cittadinanza sia condizionato sia sotto il profilo sostanziale che procedurale. Con l'aumento del rilievo che la perdita della cittadinanza europea ha acquisito, l'alveo delle competenze nazionali in materia di revoca della cittadinanza è progressivamente diventato più angusto.

Ulteriori incursioni rispetto alle competenze nazionali, questa volta di natura prevalentemente procedurale, sono collegate alla sentenza X (Perdita della nazionalità danese)²⁸ che assume un particolare rilievo nel contesto di questo saggio poiché tocca il concetto di «legame effettivo» tra il cittadino e lo Stato membro che ha concesso la cittadinanza e richiama così l'importanza di tale criterio per l'assunzione di decisioni nazionali sull'attribuzione della cittadinanza²⁹. Si tratta di un elemento importante che viene valoriz-

²⁶ JY (Révocation d'une assurance de naturalisation), sopra citata, punto 59.

²⁷ La Corte ha confermato che le autorità austriache devono dimostrare che JY rappresenta una «minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della società» (ordine pubblico) o una «minaccia per il funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali e per la sopravvivenza della popolazione, nonché il rischio di un grave turbamento delle relazioni estere o della coesistenza pacifica delle nazioni, o un rischio per gli interessi militari» (pubblica sicurezza). Per giustificare una decisione che comporta la perdita dello status di cittadino dell'Unione conferito ai cittadini degli Stati membri dall'articolo 20 TFUE, le nozioni di «ordine pubblico» e di «pubblica sicurezza» devono essere interpretate restrittivamente.

²⁸ Corte giust. 5 settembre 2023, C-689/21, X/*Udlændinge-og Integrationsministeriet* (Perdita della nazionalità danese).

²⁹ *Ivi*, punto 31. Già in precedenti pronunce la Corte di giustizia aveva riconosciuto che è *legittimo* (il corsivo è di chi scrive) che uno Stato membro voglia tutelare il particolare

zato anche nella sentenza *Commissione/Malta*³⁰. I fatti che hanno reso necessario il rinvio pregiudiziale riguardano una cittadina americana che non avendo mai risieduto o soggiornato a lungo in Danimarca in modo da dimostrare un legame effettivo con tale Paese, presenta domanda di mantenimento della cittadinanza danese dopo aver compiuto i 22 anni, termine ultimo previsto dalla legge per poter richiedere di mantenere la cittadinanza danese. Il ritardo determina *ipso iure* la perdita della nazionalità danese che viene attestata dal Ministero dell'Immigrazione e dell'Integrazione.

Sarebbe bastato proporre la domanda tra i 21 e i 22 anni per consentire alle autorità nazionali di esaminare alla luce dei condizionamenti già espressi a partire da *Rottmann*, se fosse possibile o meno procedere alla revoca della cittadinanza. La cittadina americana decide di impugnare la decisione del Ministero e chiede un riesame della causa. Il giudice del rinvio si rivolge alla Corte per sapere se l'art. 20 TFUE e l'art. 7 CDFUE ostino alla legge sulla cittadinanza danese. La Corte di giustizia ammette che sia possibile stabilire un termine per mantenere quest'ultima nelle circostanze del caso e anche che questa possa prevedere che ci sia un collegamento effettivo con un suo cittadino laddove tale persona abbia il centro dei suoi interessi in uno Stato terzo di cui è anche cittadino. Tuttavia, indica in modo specifico quali sono le garanzie procedurali che occorre predisporre a favore del cittadino straniero che desideri mantenere la cittadinanza danese. Per la prima volta il giudice dell'UE riconosce che essendo la cittadinanza dell'UE un diritto che spetta in forza del diritto dell'Unione, le autorità nazionali sono obbligate al rispetto del principio dell'effettività³¹. Pertanto, come indicato dalla giurisprudenza *Rewe*³², esse non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Dagli orientamenti che emergono nella sentenza in esame apprendiamo che quest'ultimo stabilisce a favore del cittadino europeo il diritto ad essere informato che la mancata domanda di mantenimento della cittadinanza prima del compimento dei 22 anni comporta la perdita *ipso iure* della cittadinanza. Inoltre, deve essere possibile, entro un ter-

rapporto di solidarietà e di lealtà tra esso e i suoi cittadini nonché la reciprocità di diritti e di doveri, che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza. V. *Rottmann*, sopra citata, punto 51; *Tjebbes*, sopra citata, punto 35.

³⁰ V. al riguardo par. 3.5.

³¹ M. FERRI, *op. cit.*, p. 189 ss.

³² Corte giust. 16 dicembre 1976, causa 33/76.

mine ragionevole, inoltrare una domanda di mantenimento o riacquisto della cittadinanza, anche dopo che sono scaduti i termini per la domanda; in tal modo l'autorità nazionale potrà tenere conto delle condizioni stabilite dalla Corte di giustizia nelle sentenze già evocate in questo paragrafo prima di prendere la decisione finale. Tutto ciò è necessario in virtù delle conseguenze generate dalla perdita della cittadinanza di un Paese membro, qualora essa comporti la perdita dello *status* di cittadino dell'Unione³³. Per la prima volta tali conseguenze sono considerate come *gravi*³⁴. L'esistenza delle garanzie procedurali relative al diritto ad essere informati e ad avere a disposizione un tempo ragionevole per fare domanda di mantenimento della cittadinanza, nonché la possibilità di ricorrere contro la decisione di privazione della cittadinanza al fine di mantenere la cittadinanza *ex tunc* sono stati confermati recentemente nella sentenza *Stadt Duisburg*³⁵.

La rapida disanima della giurisprudenza relativa alla perdita della cittadinanza mette in evidenza come il possesso della cittadinanza europea debba condizionare necessariamente la decisione di revoca della cittadinanza nazionale: infatti, lo *status* di cittadino europeo, di cui beneficia il cittadino di uno Stato membro, è regolato dal diritto dell'UE. Viceversa, nel caso dell'acquisizione della cittadinanza, poiché lo straniero che presenta domanda di naturalizzazione non rientra ancora nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, si potrebbe pensare che il potere di attribuzione della cittadinanza non sia scalfito dal diritto primario. Questa interpretazione sembra essere avvalorata dalla dichiarazione n. 2 allegata dagli Stati membri all'Atto finale del Trattato sull'Unione europea che sottolinea come «la questione se una persona abbia la nazionalità di questo o quello Stato membro sarà definita soltanto in riferimento al diritto nazionale dello Stato membro interessato [...]». Si ritornerà sui limiti che il diritto dell'UE impone agli Stati membri con riguardo alla concessione della cittadinanza europea nel paragrafo 4.

³³ X, sopra citata, punto 48.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Corte giust. 25 aprile 2024, C-684/22, C-685/22, C-686/22, *Stadt Duisburg* (Perdita della cittadinanza tedesca). V. F. L. GATTA, *op. cit.*, p. 131 ss.

3. *I condizionamenti del diritto dell'UE sul potere di attribuzione della cittadinanza alla luce del contenzioso Commissione/Malta: i motivi alla base del ricorso*

Nella sentenza *Commissione/Malta*, la Corte di giustizia tocca per la prima volta il tema dell'erosione delle competenze nazionali in materia di attribuzione della cittadinanza, in virtù degli obblighi collegati al diritto dell'UE e stabilisce che quest'ultimo condiziona anche l'esercizio di tale potere.

Il contenzioso con Malta sulle violazioni del programma di CBI ha origine nel 2020, come già accennato³⁶, ma la Commissione aveva messo in evidenza i problemi sollevati dai programmi di soggiorno e di cittadinanza per investitori nell'Unione europea in una relazione del 2019³⁷. In tale documento emerge come l'aspetto più problematico delle norme interne maltesi fosse collegato alla possibilità di acquisire la cittadinanza senza l'obbligo di residenza effettiva. E quest'ultimo requisito era considerato uno dei mezzi che consente di accertare un legale effettivo tra il cittadino straniero che richiede la cittadinanza e lo Stato oggetto della richiesta³⁸. Destavano preoccupazione anche le condizioni estremamente flessibili per la concessione della cittadinanza o del diritto di soggiorno che comportavano lacune in materia di sicurezza, riciclaggio di denaro, evasione fiscale e corruzione³⁹ e non erano in linea con il principio dell'effettività, come stabilito dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza *Nottebohm*⁴⁰.

In considerazione di questi rischi e tenendo conto che vari Paesi candidati nella procedura di adesione all'UE avevano approvato provvedimenti simili alla legislazione maltese del 2014, la Commissione decideva che avrebbe monitorato i programmi di cittadinanza per investitori anche nel contesto del processo di adesione all'UE⁴¹.

Venendo al contenzioso con Malta, poiché dopo lettera di diffida del 20 ottobre 2020, tale Paese ha mantenuto in vigore il suo Programma di CBI, la Commissione l'ha deferita alla Corte di giustizia. Viceversa, Cipro ha modi-

³⁶ V. par. 1.

³⁷ COM (2019) 12final, cit., pp. 6-7.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ COM (2019) 12final, cit., pp. 1-2.

⁴⁰ Sentenza del 6 aprile 1955, *Nottebohm, Liechtenstein/Guatemala*, I.C.J. Reports 1955, 4.

⁴¹ COM (2019) 12final, cit., pp. 24-25. La Commissione si riserva inoltre di sospendere l'accordo sull'esenzione dai visti conclusi con Paesi terzi che hanno istituito programmi CBI.

ficato il programma di CBI e il ricorso per infrazione nei confronti di questo Paese è stato chiuso⁴².

I motivi addotti dalla Commissione a sostegno del suo ricorso sono collegati alla violazione dell'obbligo di leale cooperazione e dell'art. 20 TFUE. Il principio di cui all'art. 4, par. 3, TUE impone di non compromettere né mettere in pericolo l'essenza, il valore e l'integrità della cittadinanza dell'Unione, al fine di preservare la fiducia reciproca sottesa allo *status* di cittadino dell'Unione, *status* che è previsto dall'art. 20 TFUE⁴³.

La Commissione dà risalto anche al principio della fiducia reciproca che vieta agli Stati membri di adottare norme come quelle maltesi che minano l'essenza e l'integrità della cittadinanza dell'UE⁴⁴. Il motivo per cui tale principio sarebbe violato è il seguente: «Acconsentendo a concedere i diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione e ad estendere tale solidarietà ad altri, gli Stati membri si basano su una concezione fondamentale comune della cittadinanza di uno Stato membro, secondo la quale essa rispecchia la manifestazione di un legame effettivo tra uno Stato membro e i suoi cittadini»⁴⁵. La Commissione fa derivare la comprensione condivisa della cittadinanza dall'obbligo di riconoscimento automatico delle norme che attribuiscono la cittadinanza a livello nazionale. A sua volta tale concezione della cittadinanza è espressione di un legame effettivo tra uno Stato e i suoi cittadini⁴⁶.

Ebbene, le norme interne in esame non sono in grado di assicurare che esista un legame effettivo tra la Repubblica di Malta e i richiedenti la cittadinanza maltese poiché questi ultimi «non appartengono alla categoria di persone che gli autori dei Trattati avevano inteso beneficiassero della cittadinanza dell'Unione; dunque, l'attuazione del programma di CBI sarebbe in contraddizione con l'essenza stessa dello *status* di cittadino dell'Unione»⁴⁷.

Venendo alle controdeduzioni di Malta, secondo tale Paese, il principio di attribuzione delle competenze impedisce al diritto dell'UE di incidere sul potere degli Stati membri di adottare i programmi di concessione della cittadinanza per investimenti.

Inoltre, la cittadinanza è espressione della sovranità nazionale ed è legata alla concezione e allo sviluppo dell'identità nazionale dei Paesi membri,

⁴² S. COUTTS, *On Mutual Recognition and the Possibilities of a "Single European Polity": The Opinion of AG Collins in Case C-181/23 Commission v. Malta*, in EP, n. 2, 2024, p. 819.

⁴³ Commissione/Malta, sopra citata, punto 42.

⁴⁴ *Ivi*, punto 46.

⁴⁵ *Ivi*, punti 50 e 51.

⁴⁶ *Ivi*, punto 51.

⁴⁷ *Ivi*, punto 52.

che è tutelata dall'art. 4, par. 2, TUE. Malta sottolinea poi che l'interpretazione estensiva dell'art. 20, par. 1, del TFUE e dell'art. 4, par. 3, TUE ha un impatto immediato sulle norme relative alla naturalizzazione di tutti gli Stati membri.

L'ultimo argomento sollevato dagli avvocati che difendevano Malta è il seguente: qualora la Corte di giustizia rinvenisse una violazione dei Trattati, il governo maltese sarebbe costretto a riesaminare un intero corpo di leggi e atti normativi e non una singola disposizione o uno specifico insieme di norme sulla cittadinanza. Ciò renderebbe la Commissione europea una sorta di legislatore indiretto che sconfina così nei settori di competenza degli Stati membri. Solo una violazione grave dei valori dell'UE o di obiettivi dell'UE giustificerebbe l'intervento della Corte di giustizia.

3.1. *La contestazione dell'avvio del ricorso per infrazione nei confronti di Malta da parte della dottrina*

Dopo aver sinteticamente esposto gli argomenti delle parti, vale la pena svolgere alcune riflessioni preliminari sul contenzioso in esame.

La decisione della Commissione di avviare il ricorso per infrazione è condivisibile⁴⁸, considerando che Malta è l'unico Paese ad aver mantenuto il suo programma di CBI, anche se l'ha sospeso. Ciò non significa che siano convincenti i motivi addotti a sostegno del ricorso. Questi presentano alcuni elementi di debolezza che sono stati sottolineati dalla dottrina.

In particolare, è criticabile il riferimento alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nella causa *Nottebohm*; infatti, essa non richiama il *genuine link* come criterio di collegamento per l'attribuzione della cittadinanza ma per il riconoscimento della stessa⁴⁹, come presupposto per l'esercizio della protezione diplomatica⁵⁰. Inoltre, non c'è nel diritto dell'UE un obbligo che consiste nel prevedere un collegamento effettivo come requisito

⁴⁸ Nello stesso senso v. M. CHAMON, *A Rejoinder to Citizenship for Sale (Commission v Malta): Some Remarks and Counterarguments*, in VBlog, 2024, www.verfassungsblog.de/a-rejoinder-to-citizenship-for-sale/.

⁴⁹ M. VAN DEN BRINK, *Revising Citizenship within the European Union: Is a Genuine Link Requirement the Way Forward?*, in GLJ, n. 1, 2022, pp. 79 e 83.

⁵⁰ S. MARINAI, *Il ruolo dell'effettività nei rapporti tra cittadinanza statale e cittadinanza dell'Unione europea*, in Quaderni AISDUE, fasc. spec. n. 1, 2024, *Il diritto dell'Unione europea nei rapporti tra ordinamenti: tra collaborazione, integrazione e identità*, a cura di B. CORTESE, Atti del V Convegno annuale AISDUE, Padova, 2-3 novembre 2023, p. 366.

per l'attribuzione della cittadinanza⁵¹. Del resto, molte norme interne che regolano questa materia sono ben lontane dal rispettare il vincolo del legame effettivo⁵². Non rientra nelle competenze di attribuzione dell'UE stabilire chi è cittadino di uno Stato membro⁵³.

Nell'opinione dell'autrice, neanche gli argomenti fondati sulle conseguenze negative associate all'operatività dei programmi di CBI, come ad esempio, il pericolo che tali norme incentivino l'evasione fiscale, il riciclaggio del denaro sporco e altre forme di criminalità sembrano decisive in quanto tali. C'è anche chi osserva che la nota affermazione della Corte di giustizia per cui lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri⁵⁴, anch'esso evocato nelle memorie della Commissione, non trova espressione nei Trattati⁵⁵. Il medesimo autore aggiunge che sarebbe stato preferibile proporre misure di armonizzazione delle norme interne in materia di attribuzione della cittadinanza anziché avviare un ricorso per infrazione contro la Repubblica di Malta⁵⁶.

Ci sono poi autorevoli studiosi che formulano ipotesi autonome di violazione degli obblighi derivanti dai Trattati rispetto ai motivi individuati dalla Commissione. Ad esempio, Cortese ritiene che i Programmi di CBI siano

⁵¹ S. COUTTS, *On mutual recognition and the Possibilities of a "Single European Polity"*, cit., p. 821.

⁵² Ad esempio, le norme italiane che permettono a cittadini argentini di ottenere la cittadinanza italiana. Per motivi di spazio si rimanda per ulteriori dettagli al saggio di S. MARINAI, *Il ruolo dell'effettività nei rapporti tra cittadinanza statale e cittadinanza dell'Unione europea*, cit. V. anche la recente discussione sulla limitazione temporale del criterio dello *ius sanguinis* previsto nella legislazione italiana di cui agli scritti di C. SANNA, *La cittadinanza UE non è in vendita: la Corte UE dichiara incompatibili con il diritto UE i programmi di naturalizzazione per investimenti della Repubblica di Malta. Le implicazioni della sentenza sul criterio dello ius sanguinis previsto dalla legislazione italiana*, in *EJ*, 12 maggio 2025; C. DELLI CARRI, *La "mercificazione" della cittadinanza è contraria al diritto dell'Unione europea. Note a margine della sentenza C-181/23 della Corte di giustizia*, in *Unione europea e Diritti*, n. 2, 2025, p. 1 ss.

⁵³ D. SARMIENTO, M. VAN DEN BRINK, *EU Competence and Investor Migration*, in D. KOCHENOV, K. SURAK (eds.), *Citizenship and Residence Sales: Rethinking the Boundaries of Belonging*, Cambridge, 2023, p. 188.

⁵⁴ Corte giust. 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, punto 31.

⁵⁵ J. WEILER, *Citizenship for Sale (Commission v Malta) Who of the Two is Selling European Values?*, in *VBlog*, 14 April 2024, www.verfassungsblog.de/citizenship-for-sale/.

⁵⁶ *Ibidem*. L'autore sottolinea che non è facile adottare misure legislative in un settore come quello dell'attribuzione della cittadinanza. Aggiunge che sarebbe probabilmente necessario utilizzare l'art. 352 TFUE. A parere di chi scrive, il Trattato impedisce alla Commissione di proporre misure di armonizzazione fondate sulla clausola di flessibilità. Tuttavia, altre basi giuridiche potrebbero essere utilizzate.

censurabili in quanto «espressione di un carattere strutturale di privilegio e disuguaglianza cui si oppone il valore dello Stato di diritto. Un ordinamento che conceda la protezione del diritto a singoli individui solo perché pronti a pagare per questo non è uno Stato di diritto, ma uno Stato di privilegio e disuguaglianza»⁵⁷. Pertanto, le norme maltesi sarebbero incompatibili con uno dei valori dell'UE.

3.2. *Le conclusioni dell'AG che propongono di respingere il ricorso*

Nelle sue conclusioni⁵⁸ l'AG Collins suggerisce di respingere il ricorso in quanto mancano prove che Malta abbia violato l'art. 20 TFUE e l'obbligo di leale cooperazione. L'AG non ritiene necessario esaminare il punto di diritto relativo al principio del mutuo riconoscimento. I motivi addotti a supporto delle sue conclusioni sono complessivamente convincenti. Secondo Collins, il diritto dell'UE non impone agli Stati membri di prevedere la sussistenza di un vincolo effettivo tra chi richiede la cittadinanza e il Paese oggetto di tale richiesta. Infatti, non esiste in capo all'UE il potere di determinare i soggetti legittimati a divenire cittadini dell'UE. Questo è confermato anche dalla dichiarazione n. 2 sulla cittadinanza di uno Stato membro allegata all'Atto finale del Trattato sull'UE del 1993 che rispecchia il principio per cui la definizione di «cittadino» è una prerogativa nazionale in quanto costituisce l'essenza della sovranità.

Ancora, l'AG afferma che l'«entità politica unica» che risulta dalla creazione della cittadinanza dell'Unione non impone obblighi agli Stati membri per quanto riguarda le condizioni per il conferimento della cittadinanza; viene escluso anche che esista una concezione comune di ciò che costituisce la cittadinanza. È interessante però che Collins riconosca che l'esercizio del potere di attribuire o di revocare la cittadinanza non è illimitato e che sia il diritto internazionale, sia quello dell'Unione possono, in linea di principio, limitarne l'esercizio.

Fino ad oggi non sono stati portati all'attenzione della Corte casi di contestazione delle norme che attribuiscono la cittadinanza nazionale, alla luce delle disposizioni sulla cittadinanza europea. Questo elemento, nella valutazione dell'AG, conferma che il diritto dell'Unione non è in grado di conferire a una persona il diritto di diventare cittadino di uno Stato mem-

⁵⁷ B. CORTESE, *Il diritto dell'Unione europea nei rapporti tra gli ordinamenti: tra collaborazione, integrazione e identità*, in B. CORTESE (a cura di), *op. cit.*, p. 28.

⁵⁸ Conclusioni dell'Avv. gen. Collins in *Commissione/Malta*, sopra citate.

bro⁵⁹. In realtà, a giudizio di chi scrive, non si può dedurre dall'assenza di casi di contestazione delle norme nazionali che attribuiscono la cittadinanza davanti alla Corte di giustizia che il diritto dell'UE non condizioni l'attribuzione della cittadinanza.

L'AG mette poi in evidenza come il modo in cui era stata acquisita la cittadinanza non era stato determinante nella sentenza *Zhu e Chen*⁶⁰ e infine, identifica uno dei limiti posti dal diritto dell'UE con cui deve fare i conti il legislatore nazionale. Si tratta dell'istituto dell'abuso del diritto; la legittimità della legislazione maltese potrebbe essere messa in discussione alla luce di tale principio⁶¹. Tuttavia, Collins costata che la Commissione non fa affidamento su tale principio nella presentazione dei motivi del ricorso.

Proseguendo nell'esame delle conclusioni, queste escludono anche che la sentenza *Nottebohm* possa essere utilizzata per sostenere che gli Stati membri sono tenuti ad osservare il vincolo del legame effettivo con il Paese a cui si richiede la nazionalità⁶². Al contrario, dalla pronuncia sopra citata si evince come, secondo la Corte internazionale di giustizia, le norme per la concessione della cittadinanza sono di competenza dei singoli Stati⁶³.

Infine, l'AG passa in rassegna il livello minimo di tutela a favore dei cittadini europei che emerge dalla giurisprudenza che riguarda la revoca della cittadinanza. Questa parte delle conclusioni sottolinea a buon diritto che, mentre gli Stati membri possono richiedere la prova di un vincolo effettivo – «il particolare rapporto di solidarietà e di lealtà tra sé stesso e i suoi cittadini», a condizione che sia rispettato il principio di proporzionalità e che vengano fornite determinate garanzie procedurali al richiedente viceversa, «il diritto dell'Unione non definisce, né tanto meno richiede, l'esistenza di un siffatto legame per acquisire o mantenere la cittadinanza»⁶⁴. Se fosse ammesso il contrario, questo comporterebbe uno sconvolgimento dell'equilibrio tra cittadinanza nazionale e cittadinanza dell'Unione creato dai Trattati e «si determinerebbe un'erosione totalmente illegittima della competenza

⁵⁹ *Ivi*, par. 50.

⁶⁰ Corte giust. 19 ottobre 2004, C-200/02.

⁶¹ Sulla possibilità di considerare in contrasto con il divieto di abuso del diritto della cittadinanza europea si veda par. 3.4.

⁶² Nel senso che un vincolo effettivo non si impone allo Stato come criterio da verificare per attribuire la cittadinanza v. B. NASCIMBENE, *Cittadinanza: riflessioni di diritto internazionale ed europeo*, in *RDIPP*, n. 1, 2025, p. 18.

⁶³ Conclusioni dell'AG Collins, *Commissione/Malta*, sopra citate, par. 56.

⁶⁴ *Ivi*, par. 55.

degli Stati membri in un ambito particolarmente delicato che essi hanno chiaramente deciso di mantenere sotto il proprio controllo esclusivo»⁶⁵.

3.3. La risposta della Corte di giustizia: la mercificazione della cittadinanza europea è incompatibile con il diritto primario

Dopo aver ricordato quali sono i diritti di cui beneficiano i cittadini europei, la Corte di giustizia, discostandosi dalle conclusioni dell'AG Collins, accoglie il ricorso della Commissione sulla base del principio di solidarietà, della fiducia reciproca e di leale cooperazione.

In un primo passaggio della sentenza viene escluso che esista un'eccezione all'obbligo di rispettare il diritto dell'Unione, in base alla quale solo le violazioni gravi dei valori e degli obiettivi dell'Unione possono determinare una violazione del diritto dell'Unione, allorché gli Stati membri esercitano la loro competenza in materia di concessione della cittadinanza. La Corte aggiunge: «In tali circostanze, una siffatta eccezione non può essere ammessa, poiché essa sarebbe assimilabile a una limitazione degli effetti derivanti dal primato del diritto dell'Unione, che fa parte delle caratteristiche essenziali di quest'ultimo e, quindi, del quadro costituzionale dell'Unione [v., in tal senso, parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014]»⁶⁶.

Dal paragrafo 84 al 91 il giudice dell'Unione indugia sia sul principio della fiducia reciproca, alla base dello spazio di libertà sicurezza e giustizia, sia sul catalogo dei diritti collegati alla cittadinanza europea. Ancora una volta invoca il parere n. 2/2013 per ricordare che le disposizioni del Trattato che disciplinano tali diritti «contribuiscono alla realizzazione del processo di integrazione che costituisce la ragion d'essere dell'Unione stessa e fanno quindi parte integrante del suo quadro costituzionale»⁶⁷.

Dopo aver sottolineato che lo *status* di cittadino dell'Unione costituisce lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri, la Corte afferma che la cittadinanza dell'Unione rappresenta una delle principali concretizzazioni della solidarietà, che è alla base stessa del processo di integrazione europea⁶⁸. In virtù del principio di leale cooperazione, l'esercizio del potere di attribuzione e revoca della cittadinanza europea non è illimitato⁶⁹. La Corte

⁶⁵ *Ivi*, par. 57.

⁶⁶ *Commissione/Malta*, sopra citata, punto 83.

⁶⁷ *Ivi*, punto 91.

⁶⁸ *Ivi*, punto 93.

⁶⁹ *Ivi*, punto 95.

non distingue tra gli obblighi degli Stati membri a seconda se essi siano finalizzati alla revoca o alla concessione della cittadinanza. E questo ci pare già criticabile.

I paragrafi 96 e 97 sono dedicati al principio di solidarietà. Dopo aver sottolineato che il fondamento del vincolo di cittadinanza di uno Stato membro risiede nel particolare rapporto di solidarietà e di lealtà esistente tra tale Stato e i suoi cittadini, nonché nella reciprocità di diritti e di doveri, la Corte afferma: «Il particolare rapporto di solidarietà e di lealtà esistente tra ciascuno Stato membro e i suoi cittadini costituisce anche il fondamento dei diritti e degli obblighi che i trattati riservano ai cittadini dell'Unione»⁷⁰. Successivamente, riconosce che «per quanto riguarda l'instaurazione di tale particolare rapporto di solidarietà e di lealtà, discende che la determinazione dei modi di acquisto della cittadinanza di uno Stato membro non rientra nella competenza dell'Unione, ma in quella di ciascuno Stato membro, che dispone di un ampio margine discrezionale nella scelta dei criteri da applicare, purché tali criteri siano applicati nel rispetto del diritto dell'Unione»⁷¹.

Nel paragrafo 99, che costituisce quello più importante della sentenza, la Corte esprime la sua posizione, invocando un ulteriore principio, quello della fiducia reciproca. Tale paragrafo recita: «Uno Stato membro viola in modo manifesto la necessità di tale particolare rapporto di solidarietà e di lealtà, caratterizzato dalla reciprocità dei diritti e degli obblighi tra lo Stato membro e i suoi cittadini, e fa in tal modo venir meno la fiducia reciproca sulla quale si fonda la cittadinanza dell'Unione, in violazione dell'articolo 20 TFUE e del principio di leale cooperazione sancito all'articolo 4, paragrafo 3, TFUE, allorché introduce e attua un programma di naturalizzazione che si basa su una procedura avente natura di transazione tra lo Stato membro stesso e coloro che presentano una domanda a titolo di tale programma, in base alla quale la cittadinanza di detto Stato membro e, quindi, lo status di cittadino dell'Unione, è in sostanza riconosciuta in cambio di pagamenti o di investimenti predeterminati». Secondo il giudice dell'Unione «il programma maltese è assimilabile a una commercializzazione della concessione dello *status* di cittadino di uno Stato membro e, per estensione, di quella dello *status* di cittadino dell'Unione, che è incompatibile con la concezione di tale *status* fondamentale che deriva dai Trattati»⁷².

A partire dal paragrafo 102 la Corte sviscera il programma di CBI maltese e ne mette in evidenza le carenze. In particolare, l'attenzione si con-

⁷⁰ *Ivi*, punto 97.

⁷¹ *Ivi*, punto 98.

⁷² *Ivi*, punto 100.

centra sul requisito della residenza effettiva che non risulta soddisfatto in quanto la presenza fisica del richiedente è necessaria soltanto al momento della raccolta dei dati biometrici per ottenere il permesso di soggiorno e per prestare il giuramento di fedeltà⁷³. Al contrario, la procedura di naturalizzazione «ordinaria», ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 1, della legge sulla cittadinanza maltese, prevede requisiti ben più stringenti⁷⁴.

Neanche le verifiche sulla situazione del richiedente, che sono intese ad accertare che l'attuazione del programma di cittadinanza tramite investimento non pregiudichi la sicurezza pubblica e la sicurezza nazionale di tale Stato membro, sono idonee a smentire la natura transattiva del programma di CBI maltese⁷⁵. È proprio questa che rende tale procedura assimilabile ad una commercializzazione della concessione della cittadinanza e per estensione, di quella dello *status* di cittadino dell'Unione.

La sentenza in esame sarà sicuramente ricordata come una pronuncia di ispirazione federalista che, in nome della cittadinanza dell'Unione, restringe uno dei settori di una competenza riservata agli Stati membri più sensibili, ovvero: l'attribuzione della cittadinanza.

Avendo la Corte stabilito che il programma di CBI maltese è illegittimo anche quelli simili, vigenti in altri Stati membri, dovranno essere aboliti. Per quanto sia condivisibile la posizione della Corte di giustizia per il risultato cui perviene – considerato che Malta sta effettivamente abusando della cittadinanza europea⁷⁶ – tuttavia, il ragionamento del giudice dell'Unione solleva qualche perplessità come sarà messo in evidenza nei paragrafi successivi.

3.4. *Una sentenza che contrasta il fenomeno dell'abuso della cittadinanza europea...senza che esista un divieto di abuso*

La sentenza resa dalla Corte di giustizia nel ricorso per infrazione contro Malta era molto attesa per le conseguenze che la pronuncia avrebbe potuto avere sul potere degli Stati membri di decidere a chi attribuire la cittadinanza. Come era largamente immaginabile, la decisione giudiziaria in

⁷³ *Ivi*, punto 106.

⁷⁴ Si tratta di un obbligo di residenza per un intero periodo di dodici mesi precedente ad un altro di quattro anni nei sei anni precedenti la presentazione della domanda di naturalizzazione. V. al riguardo *Commissione/Malta*, sopra citata, punto 110.

⁷⁵ *Ivi*, punto 114.

⁷⁶ Ciò è evidente anche dalla stessa caratterizzazione dei benefici collegati all'acquisizione della cittadinanza per investimenti su siti web delle agenzie autorizzate a gestire i programmi, come sottolineato dalla Corte di giustizia (*Commissione/Malta*, sopra citata, punto 119).

esame ha suscitato un vivo interesse in dottrina che si è tradotto in una serie di commenti a caldo alcuni dei quali positivi⁷⁷; altri particolarmente critici⁷⁸.

È la prima volta che viene censurata una normativa nazionale che riguarda l'attribuzione della cittadinanza nel contesto di una procedura d'infrazione. Il passo compiuto dalla Corte di giustizia con la sentenza *Commissione/Malta* non è il logico complemento della giurisprudenza che riguarda i condizionamenti cui sono soggette le autorità nazionali quando devono decidere se revocare o meno la cittadinanza ad un cittadino di uno Stato membro. Infatti, mentre la decisione di revoca da ultima citata determina automaticamente la perdita dello *status* di cittadino europeo, e per questo motivo rientra nell'alveo del diritto dell'Unione, ciò non vale per un provvedimento nazionale che conferisce la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione ad un cittadino straniero⁷⁹. È certamente vero che l'attribuzione della cittadinanza a livello nazionale abbia ripercussioni su tutti gli altri Stati membri e che per questo motivo, questi ultimi hanno il dovere di rispettare il diritto dell'UE nell'esercizio di tale competenza. Ma quali sono le disposizioni dei Trattati che consentono di vietare i programmi di CBI? A differenza dei cittadini dell'UE ai quali viene revocata la cittadinanza dell'Unione, i richiedenti la cittadinanza di uno Stato membro sono al di fuori dell'ambito di applicazione delle disposizioni dei Trattati che regolano la cittadinanza

⁷⁷ V. E. DE FALCO, *Op-Ed: The End of Citizenship for sale? a Legal Turning Point in Commission v. Malta (C-181/23)*, in ELL, 30 April 2025, www.eulawlive.com/op-ed-the-end-of-citizenship-for-sale-a-legal-turning-point-in-commission-v-malta-c-181-23/. L'autrice sostiene che la sentenza eleva la cittadinanza europea al di sopra della logica del mercato. V. anche L. D. SPIEKER, *It's Solidarity, Stupid! In Defence of Commission v Malta*, in VBlog, 2025, www.verfassungsblog.de/its-solidarity-stupid/; R. O'NEILL, *The Silent Engine of European Citizenship*, *ivi*, 2025, www.verfassungsblog.de/the-silent-engine-of-european-citizenship/; J. HOEKSMAN, *Moral high Ground and legal Analysis: on Commission v. Malta (C-181/23)*, in ELL, n. 70, 2025, p. 11 ss.; S. COUTTS, *Citizenship as a Constitutional Status: Commission v Malta*, in www.globalcit.eu/citizenship-as-a-constitutional-status-commission-v-malta/, 14 May 2025.

⁷⁸ Tra i numerosi commenti v. C. BAUDENBACHER, *After Commission v. Malta – What are Switzerland's Prospects?*, in ELL n. 70, 2025, p. 5; G. ÍÑIGUEZ, *Op-Ed: On Genuine Links, Burdens of Proof, and Declaration No. 2: Some Musings on the Court's Reasoning in Commission v. Malta (C-181/23)*, *ivi*, 5 May 2025; S. PEERS, *Pirates of the Mediterranean Meet Judges of the Kirchberg: the CJEU rules on Malta's Investor Citizenship Law*, in EU law blog, 30 April 2025; M. VAN DE BRINK, *Why Bother With Legal Reasoning? The CJEU Judgment in Commission v Malta (Citizenship by Investment)*, in www.globalcit.eu/why-bother-with-legal-reasoning-the-cjeu-judgment-in-commission-v-malta-citizenship-by-investment/, 2 May 2025.

⁷⁹ S. POLI, *The End of the Reserved Domain on Citizenship Attribution?*, in ELL, 13 May 2025, www.eulawlive.com/op-ed-the-end-of-the-reserved-domain-on-citizenship-attribution/.

dell'Unione, a meno che non si possa dimostrare che, conferendo loro la cittadinanza, lo Stato membro interessato comprometta gli obiettivi dell'UE. Su questo punto si ritornerà nel paragrafo n. 4.

Ci sembra che per la Corte di giustizia fosse particolarmente difficile sostenere che il diritto primario incide sulla prerogativa sovrana di conferire la cittadinanza nazionale. L'esistenza della dichiarazione n. 2 allegata all'Atto finale del Trattato di Maastricht, che evidenzia come gli Stati membri desiderino rimanere sovrani quando stabiliscono a chi attribuire lo *status civitatis*, era un elemento utile ma non dirimente ai fini dell'interpretazione dell'art. 20 TFUE; infatti, tale atto ha una mera natura politica. Che dire degli altri principi a cui si aggrappa la Corte per sostenere la sua posizione? Ci sembra che il principio secondo cui la cittadinanza dell'Unione è «destinata a essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri»⁸⁰, così come gli altri richiamati nella sentenza (solidarietà, buona fede e fiducia reciproca), non siano sufficienti a dimostrare l'esistenza della violazione degli obblighi discendenti dall'articoli 20, par. 1, TFUE e 4, par. 3, del TUE. La Corte è ricorsa ad un'interpretazione creativa del diritto primario e dei principi sopra menzionati. Il risultato è una sentenza ispiratrice per il suo linguaggio evocativo, che ci ha ricordato i fini del processo di integrazione europea, ma è carente di forza persuasiva dal punto di vista giuridico.

L'argomento centrale che conduce ad affermare che Malta ha violato gli articoli 20, par. 1, TUE e 4, par. 3, TUE è la natura transattiva della legislazione oggetto del ricorso per infrazione e la conseguente commercializzazione della concessione dello *status* di cittadino di uno Stato membro e della cittadinanza dell'Unione⁸¹.

Ebbene, nella prima disposizione non c'è alcuna indicazione che possa indurre il giudice dell'UE a ritenere che il potere di attribuzione della cittadinanza nazionale è condizionato dal diritto dell'UE. Naturalmente non è la prima volta che il tenore letterale di una disposizione contenuta nei Trattati non impedisce alla Corte di giustizia di interpretare il diritto primario in modo da comprimere gli spazi di sovranità degli Stati membri. Un esempio recente è costituito dalla sentenza *Commissione/Repubblica ceca*⁸² in cui la

⁸⁰ Grzelczyk, sopra citata, punto 31.

⁸¹ *Commissione/Malta*, sopra citata, punti 99 e 100.

⁸² Nella sentenza Corte giust. 19 novembre 2024, C808/21, la Corte di giustizia ha accolto il ricorso considerando che fosse in violazione dell'art. 22 TFUE il divieto di iscrizione ad un partito politico per cittadini dell'UE che non avessero la cittadinanza ceca. La base giuridica citata si limita a prevedere il diritto di voto e di eleggibilità nelle elezioni comunali e del Parlamento europeo. Dunque, l'acquisizione di membro di un partito politico non ri-

Corte di giustizia ha riconosciuto che il divieto di iscrizione ad un partito politico per un cittadino di altro Stato membro è contrario all'art. 22 TFUE, nonostante che tale disposizione non riconosca un diritto corrispondente ai cittadini di altri Stati membri. Mentre un'interpretazione ampia di un diritto politico di un cittadino europeo è del tutto condivisibile, non ci sembra che sia possibile ignorare la lettera dell'art. 20, par. 1, del TFUE laddove alla Corte di giustizia è richiesto di stabilire se uno Stato membro ha violato i Trattati in una situazione in cui questi ultimi riservano alle autorità nazionali il potere di individuare chi può essere qualificato come proprio «cittadino».

Se nel diritto primario vi fosse stata una clausola che vieta agli Stati membri di abusare della cittadinanza dell'UE, sarebbe stato possibile dichiarare illegittimo il programma maltese di CBI. Si tratta forse di una lacuna dell'attuale quadro dei Trattati. Il vero problema del programma di CBI oggetto del ricorso è che Malta abusa dell'istituto della cittadinanza dell'UE ma l'art. 20 TFUE non contiene alcun divieto di abuso dei diritti derivanti dalla cittadinanza dell'Unione.

Né un'interpretazione contestuale e neppure una teleologica⁸³ avrebbero potuto giustificare la conclusione del giudice dell'UE. Il ricorso all'articolo 54 della CDFUE, che include un divieto di abuso di diritto, avrebbe potuto soccorrere la Corte di giustizia? Quest'ultima non ha esplorato questa possibilità – a cui aveva fatto un riferimento fuggevole l'AG Collins⁸⁴ – probabilmente perché tale disposizione non riguarda le modalità di attribuzione della cittadinanza dell'Unione, ma si limita a richiedere che i diritti e le libertà tutelati dalla Carta (inclusi quelli relativi alla cittadinanza dell'UE) non vengano abusati⁸⁵.

entra nell'ambito di applicazione dell'art. 22 TFUE. Tuttavia, è convincente l'interpretazione data dal giudice dell'UE che va nel senso di considerare le norme ceche in contrasto con la disposizione sopra citata, anche se il tenore letterale di tale base giuridica non contiene alcun riferimento alle condizioni relative all'acquisizione della qualità di membro di un partito politico o di un movimento politico (punto 93). Come giustamente sottolinea la Corte, ciò che conta è non compromettere l'effetto utile dei diritti di eleggibilità riservati ai cittadini europei (punto 103).

⁸³ Anche sostenere che lo spirito dei Trattati obblighi Malta a porre fine alla sua normativa abusiva appare un'argomentazione forzata.

⁸⁴ V. par. 3.2.

⁸⁵ Occorre sottolineare che l'istituto dell'abuso di diritto non è mai stato invocato contro un'autorità nazionale. Piuttosto sono queste ultime che hanno invocato l'abuso delle libertà di circolazione da parte di individui al fine di aggirare norme interne adottate nell'esercizio di competenze nazionali. Ma la Corte di giustizia non è mai stata particolarmente sensibile a tali abusi. Sull'abuso di diritto, mi si permetta di rinviare a S. POLI, *Le preoccupazioni degli*

Ci sembra difficile anche utilizzare altre disposizioni del Trattato, ivi incluso l'art. 2 TUE⁸⁶ per interpretare l'art. 20, par. 1, TFUE in modo da vietare il programma di CBI maltese. Rimane da verificare se sia convincente il ricorso ai principi di diritto invocati dalla Corte di giustizia nella sentenza in esame. I prossimi due paragrafi si concentrano su questo profilo.

3.5 *Il programma Citizenship by Investment (CBI) maltese viola i valori dell'UE? I contorni ambigui del ricorso al principio della solidarietà*

Nei paragrafi 82 e 83 la Corte sottolinea che gli Stati membri sono tenuti a rispettare i valori e i principi dell'UE per quanto riguarda la concessione della cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione. Il mancato rispetto di tali obblighi costituirebbe per il giudice dell'Unione una limitazione del principio del primato del diritto dell'UE. Così, la Corte respinge l'argomentazione di Malta secondo cui per poter salvaguardare la competenza esclusiva degli Stati membri in materia di concessione della cittadinanza, occorre considerare illegittima la politica di naturalizzazione solo nella misura in cui le violazioni dei valori e dei principi dell'UE siano gravi e abbiano carattere «sistematico e generalizzato»⁸⁷. Nell'opinione di chi scrive la posizione della Corte su questo punto di diritto è condivisibile. Tuttavia, è difficile comprendere in che modo il programma maltese violerebbe uno dei valori dell'UE. La Corte sembra suggerire che il programma CBI maltese violi i valori comuni⁸⁸ ma poi non specifica quali. L'unico valore a cui la Corte potrebbe riferirsi nel contesto dell'articolo 2 TUE è la solidarietà⁸⁹: ma questa viene invocata in modo ambiguo nel testo della sentenza.

Si possono individuare due significati del termine “solidarietà” nella decisione in esame: 1) la solidarietà nei rapporti interni tra gli Stati membri, che costituisce la base del processo di integrazione europea⁹⁰ e costituisce uno dei valori tutelati dall'art. 2 TUE; e 2) la solidarietà tra un cittadino e lo Stato che ha attribuito la cittadinanza⁹¹, a cui la Corte di giustizia ha fatto riferimento nel contesto della giurisprudenza sulla revoca della cittadinanza.

Stati membri per l'abuso delle libertà di circolazione alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, in DUE, 2017, pp. 567-604.

⁸⁶ V. par. 3.5.

⁸⁷ *Commissione/Malta*, sopra citata, punti 82-83.

⁸⁸ *Ivi*, punto 95.

⁸⁹ Su questo punto v. L. D. SPIEKER, *op. cit.*

⁹⁰ *Commissione/Malta*, sopra citata, punto 93.

⁹¹ *Ivi*, punti 97, 99 e 101.

Ebbene, né l'accezione che individua la solidarietà come valore e neppure la solidarietà tra cittadino e Paese della cittadinanza, è tale da supportare la conclusione che Malta ha violato l'art. 20 TFUE. La prima accezione (la solidarietà interstatuale) è simile a quella evocata al punto 69 della causa *Polonia/Commissione*⁹². Nel contesto di quest'ultima pronuncia, la Corte ha sostenuto che la solidarietà energetica costituisce un'espressione di un principio generale del diritto dell'UE ed ha poi annullato una decisione della Commissione che violava tale principio.

Mentre il ricorso al principio generale della solidarietà interstatuale è convincente al fine di interpretare l'art. 194 TFUE, poiché tale concetto è menzionato nella disposizione citata, al contrario, non viene fatta menzione della solidarietà nell'articolo 20 TFUE; pertanto, risulta difficile affermare che esiste un principio generale di solidarietà interstatuale che costituisce la base della cittadinanza dell'Unione.

Il secondo significato della nozione di solidarietà, menzionato in tre diversi punti della sentenza ed evocato anche nel contesto della giurisprudenza sulla revoca della cittadinanza, non ha nulla a che vedere con i valori dell'UE. Al punto 99 la Corte si sofferma su questa accezione: nel decidere i criteri da applicare per l'attribuzione della cittadinanza, le autorità nazionali non dovrebbero ignorare il rapporto speciale di solidarietà e buona fede tra lo Stato membro e i suoi cittadini, che costituisce la base del legame di cittadinanza. Qui la Corte sembra far riferimento, senza dirlo, al legame effettivo tra cittadino e Stato che gli ha attribuito la cittadinanza⁹³. Tuttavia, l'uso della solidarietà è artificioso. Non è chiaro come la solidarietà e la buona fede possano essere principi in grado di impedire alle autorità nazionali di concedere la cittadinanza in cambio di investimenti, in assenza di una definizione autenticamente comune di chi sia un cittadino di uno Stato membro e dunque un cittadino europeo.

⁹² Trib. 10 settembre 2019, T-883/16, punto 69.

⁹³ Nello stesso senso v. K. LAMPRINOUDIS, *Money Cannot buy Everything! Catharsis Reached in the Commission v. Republic of Malta Tragedy?*, in *ELL*, n. 70, p. 23. Nell'opinione dell'autrice, la Corte di giustizia non fa riferimento al «legame effettivo» poiché, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, il giudice non è convinto che il diritto dell'Unione possa imporre agli Stati membri che ci debba essere un *genuine link* tra lo Stato e i suoi cittadini.

3.6. *La violazione dei principi della fiducia reciproca e di leale cooperazione non è sufficiente per considerare illegale il programma di CBI maltese*

Il secondo principio su cui poggia il ragionamento della Corte di giustizia è quello della fiducia reciproca. Poiché la cittadinanza dell'Unione deriva automaticamente dalla concessione della cittadinanza di uno Stato membro, il concetto di fiducia reciproca sembra più adatto rispetto a quello di solidarietà per stabilire se Malta stia gestendo un programma di CBI in contrasto con il diritto dell'UE, considerato che tale principio è di natura strutturale nel diritto costituzionale europeo⁹⁴. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia la fiducia reciproca è utilizzata come strumento che consente di rispettare i valori dell'UE⁹⁵ in quanto comuni a tutti gli Stati membri. Come è ben noto, anche in un'area di competenza nazionale, come ad esempio, l'organizzazione dei sistemi giudiziari degli Stati membri, tali valori devono essere rispettati⁹⁶.

Tuttavia, l'affermazione della Corte secondo cui la fiducia tra Stati membri viene messa in discussione da una politica di naturalizzazione che abbia carattere transattivo è solo a prima vista convincente. Infatti, mentre è possibile affermare che laddove gli Stati membri, nell'esercizio delle loro competenze, violano i valori di cui all'art. 2 TUE, ledendo così il principio della fiducia reciproca⁹⁷, non possiamo dire che ci sia una tale lesione quando vendono lo *status civitatis* in cambio di investimenti; ciò in quanto non esiste una nozione comune di cittadino. Non si può neppure sostenere che esista una convinzione condivisa che ci debba essere un legame effettivo tra un cittadino e il proprio Stato.

La stessa Corte di giustizia nella sua giurisprudenza sulla revoca della cittadinanza⁹⁸ ha riconosciuto che la valorizzazione del legame effettivo con i propri cittadini, nonché della reciprocità di diritti e doveri che costitui-

⁹⁴ S. PRECHAL, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in EP, n. 2, 2017, p. 75 ss.

⁹⁵ Come riconosciuto dalla Corte di giustizia, poiché ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Paesi membri una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, ciò implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua. Corte giust. parere 18 dicembre 2014, 2/13, punto 168.

⁹⁶ Corte giust. 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione/Polonia*, punto 52.

⁹⁷ L. S. ROSSI, "Concretised", "Flanked", or "Standalone"? *Some Reflections on the Application of Article 2 TEU*, in corso di pubblicazione in EP, n. 1, 2025, p. 8.

⁹⁸ V. par. 2.

scono il fondamento della cittadinanza, rappresenta una facoltà (e non un obbligo)⁹⁹. Pertanto, ci sembra che non sia possibile affermare che il legame effettivo con il cittadino possa essere uno degli oggetti del principio della fiducia reciproca¹⁰⁰.

Veniamo al principio di leale cooperazione. Questo ha nella sentenza in esame uno spazio piuttosto limitato. Da tale principio la Corte di giustizia fa discendere che gli Stati membri non hanno poteri illimitati in materia di definizione dei requisiti per la concessione della cittadinanza di uno Stato membro¹⁰¹. Come una sorta di petizione di principio, la leale cooperazione è poi richiamata, insieme ai principi della solidarietà e della fiducia reciproca, per sostenere che Malta viola l'art. 20 TFUE.

Al di là dell'incertezza che riguarda la possibilità di invocare il principio di leale cooperazione come autonomo parametro nella valutazione della violazione di obblighi derivanti dai Trattati¹⁰², ci sembra che sia del tutto condivisibile la tesi per cui esso non è suscettibile di modificare gli spazi di sovranità statale direttamente collegati alla preservazione dell'identità nazionale¹⁰³. Tra questi rientra, a giudizio dell'autrice, la decisione di attribuzione della cittadinanza¹⁰⁴.

In sintesi, nessuno dei principi sopra menzionati impone alle autorità nazionali di vietare i programmi CBI.

Nell'opinione di chi scrive, la posizione assunta dall'Avvocato generale Collins è più coerente con la lettera e con lo spirito dei Trattati. Ciò non significa che i programmi di CBI non possano mai violare il diritto dell'UE, come illustrato nel paragrafo che segue.

⁹⁹ V. Tjebbes, sopra citata, par. 35 e X, sopra citata, punto 32. C. NOTA, *La perdita ipso iure della cittadinanza nazionale e dell'Unione e il test di proporzionalità alla luce della sentenza X della Corte di giustizia*, in questa Rivista, n. 1, 2024, p. 4.

¹⁰⁰ Sull'oggetto della fiducia reciproca v. L. BOHÁČEK, *Mutual Trust in Eu law: Trust "in What" and "Between Whom"?* in EJLS, n. 11, 2022, p. 103 ss.

¹⁰¹ *Commissione/Malta*, sopra citata, punto 95.

¹⁰² Per un'ampia discussione v. V. F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, Napoli, 2020, spec. pp. 95-108.

¹⁰³ *Ivi*, p. 203 ss.

¹⁰⁴ V. F. CASOLARI, *La cittadinanza europea: un Giano bifronte innanzi alla crisi*, in SIDIblog, 10 marzo 2014.

4. *L'attribuzione della cittadinanza e i condizionamenti dell'esercizio di tale prerogativa nazionale dovuti alla PESC*

Sebbene né il diritto internazionale, né il diritto dell'UE richiedano l'esistenza di un legame effettivo tra un individuo che fa domanda di naturalizzazione e il Paese a cui tale domanda viene inoltrata, l'assenza di tale condizione assume rilievo in alcune circostanze per l'UE. In particolare, laddove la cittadinanza sia attribuita sulla base di un programma di CBI come quello in esame nel ricorso *Commissione/ Malta*, poiché non esiste un legame effettivo tra il richiedente e il Paese che concede la cittadinanza, quest'ultimo dovrebbe essere obbligato a sospendere l'esame della domanda dell'investitore straniero se l'attribuzione della cittadinanza ostacola il raggiungimento di uno degli obiettivi dell'UE, tra cui rientrano anche quelli collegati all'azione esterna dell'Unione. Questa ipotesi di violazione non è menzionata nel parere motivato della Commissione esaminato dalla Corte di giustizia nel ricorso per infrazione contro Malta. Dunque, il giudice dell'Unione non ha potuto esaminare questo possibile profilo di incompatibilità tra le norme maltesi e il diritto primario. Le prove addotte dalla Commissione per dichiarare Malta in violazione dell'art. 20, par. 1, TFUE e dell'art. 4, par. 3, TUE sono state considerate sufficienti per rilevare la violazione di tali obblighi.

Ebbene, ci sembra sia possibile individuare una circostanza in cui il regolamento maltese del 2020 possa essere attuato in modo incompatibile con gli obiettivi dei Trattati: se Malta avesse concesso la cittadinanza a cittadini stranieri, oggetto di misure restrittive, in questo caso avrebbe esercitato le sue competenze in contrasto con obblighi a carico degli Stati membri, in virtù degli articoli 29 TUE e 215 TFUE, che costituiscono le basi giuridiche di tali misure.

All'indomani dello scoppio del conflitto in Ucraina, la Commissione europea ha raccomandato¹⁰⁵ agli Stati membri di abolire i programmi di CBI¹⁰⁶. Ha stabilito che coloro che sono (o diventano oggetto) delle misure

¹⁰⁵ Raccomandazione della Commissione, del 28 marzo 2022, relativa alle misure immediate nel contesto dell'invasione russa dell'Ucraina in relazione ai programmi di cittadinanza e di soggiorno per investitori, www.data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7916-2022-INIT/it/pdf, par. 7.

¹⁰⁶ Nello stesso periodo alcuni Paesi hanno effettuato una dichiarazione congiunta in cui si impegnavano a limitare la vendita della cittadinanza attraverso i cosiddetti «passaporti d'oro» poiché l'accesso alla cittadinanza europea consentiva anche l'accesso al sistema finanziari dell'Unione europea. V. www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/statement_22_1423.

restrittive dell'UE nel contesto di tale conflitto dovrebbero essere colpiti dal provvedimento di revoca della cittadinanza; ha aggiunto che una simile misura poteva essere adottata nei confronti di persone «che sostengono in modo significativo, con qualsiasi mezzo, la guerra in Ucraina o altre attività correlate del governo russo o del regime di Lukashenko che violano il diritto internazionale»¹⁰⁷ e nei confronti dei familiari di un richiedente principale. Infine, ha sottolineato, con una sorta di clausola di stile, che nell'effettuare tale valutazione, gli Stati membri interessati devono tenere conto dei principi stabiliti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea per quanto riguarda la perdita della cittadinanza dell'Unione, in particolare il principio di proporzionalità e la tutela dei diritti fondamentali¹⁰⁸. Anche il Parlamento europeo si è allineato sostanzialmente alla posizione della Commissione¹⁰⁹.

Nell'opinione di chi scrive, se gli investitori che presentano una richiesta di diventare cittadini maltesi sono *nationals* di uno Stato terzo nei confronti del quale il Consiglio dell'UE ha adottato (all'unanimità) decisioni che stabiliscono misure restrittive, *ex art. 29 PESC*, sia nei confronti del Paese in questione, sia degli individui che rientrano nei criteri di designazione di una decisione PESC, le autorità nazionali dovrebbero astenersi dall'accogliere le domande di naturalizzazione di tali richiedenti. Nel settore della PESC gli Stati membri sono vincolati al rispetto delle decisioni o posizioni comuni assunte dal Consiglio sulla base dell'art. 29 TUE e sono obbligati a provvedere che le loro *politiche nazionali* (enfasi aggiunta) siano conformi alle posizioni dell'Unione.

Si può sostenere che la disposizione da ultimo citata non si riferisca solo alle politiche estere nazionali ma a tutti i settori di competenza nazionale. Dunque, se un cittadino russo o bielorusso presenta una richiesta di cittadinanza per investimenti a Malta, la sua domanda dovrebbe essere almeno sospesa, considerato che l'attribuzione della cittadinanza costituisce una misura nazionale incompatibile con la posizione adottata dall'UE nei confronti del governo russo e incide negativamente sull'attuazione di tali misure. Pur essendo vero che il possesso della cittadinanza nazionale (e dunque europea) non è un elemento ostativo all'adozione di una sanzione nei confronti di *dual nationals*, aventi contemporaneamente la cittadinanza russa/bielorussa e quella di un Paese membro, qualora fosse possibile per Malta continuare

¹⁰⁷ Raccomandazione della Commissione, del 28 marzo 2022, cit., par. 13.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Risoluzione del Parlamento europeo, del 9 marzo 2022, recante proposte all'indirizzo della Commissione concernenti i programmi per la concessione della cittadinanza e del soggiorno in cambio di investimenti, P9_TA(2022)0065.

ad accogliere le domande di naturalizzazione dei cittadini russi, così agendo il Paese ostacolerebbe l'obiettivo che l'UE si pone con l'adozione di misure restrittive individuali. Infatti, attribuire la cittadinanza ad un richiedente che si trova in una *blacklist* dell'UE conferisce a tale persona una serie di vantaggi, ben illustrati dalla Corte di giustizia nel ricorso per infrazione contro Malta, che sono incompatibili con la sua inclusione nell'elenco dei sanzionati avvenuta per realizzare obiettivi di politica estera. Gli Stati membri hanno da un lato, un obbligo di leale cooperazione con le istituzioni che discende dall'art. 4, par. 3, TUE, dall'altro un obbligo di sostenere attivamente e senza riserve la posizione assunta dal Consiglio nei confronti della Russia, obbligo che deriva dall'art. 24, par. 3, del medesimo Trattato e che costituisce una concretizzazione del principio di leale cooperazione nell'ambito della PESC. La prima disposizione impone di astenersi dall'adozione di misure suscettibili di ostacolare o di compromettere la realizzazione degli obiettivi dei Trattati e più precisamente, lo sviluppo delle politiche comuni e l'attività delle istituzioni e si applica anche nell'esercizio delle competenze riservate¹¹⁰. Il secondo articolo impone sia obblighi di sostegno (positivi) a carico degli Stati membri, come si evince dalla lettera della disposizione¹¹¹, sia di astensione da azioni che possano pregiudicare gli interessi dell'Unione o siano tali da nuocere alla sua efficacia come elemento di coesione nelle relazioni internazionali¹¹². Pertanto, anche laddove gli Stati membri esercitino competenze nazionali, come avviene nel caso in cui essi debbano decidere a chi attribuire la propria cittadinanza, essi sono condizionati dagli obblighi che discendono dai Trattati, in particolare oltre che dagli articoli 29 del TUE e 215 TFUE, anche da quelli derivanti dal principio di leale cooperazione e dall'art. 24, par. 3, TUE.

Si ritiene che i cittadini russi e bielorusi, oggetto di misure restrittive, non dovrebbero accedere alla cittadinanza per investimento poiché il Consiglio ha ritenuto che tali persone contribuiscano direttamente o indirettamente all'illecito internazionale compiuto dalla Russia ovvero agevolano

¹¹⁰ P. DE PASQUALE, *Competenze proprie degli Stati e principio di leale cooperazione*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2019, pp. 9-10.

¹¹¹ «Gli Stati membri hanno un obbligo di sostenere attivamente e senza riserve la politica estera e di sicurezza dell'Unione, in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca».

¹¹² «[...] Essi [gli Stati membri] si astengono da qualsiasi azione contraria agli interessi dell'Unione o tale da nuocere alla sua efficacia come elemento di coesione nelle relazioni internazionali». V. sul tema A. PAU, *The Solidarity Principle in the Context of the CFSP: The Adoption of Restrictive Measures as an Expression of Solidarity?*, in E. KASSOTI, N. IDRIZ (eds.), *The Principle of Solidarity: International and EU Law Perspectives*, The Hague, 2023, p. 249.

l'aggiramento delle sanzioni. Così se le persone sanzionate, pur essendo soggette a misure di natura temporanea, presentano domanda di cittadinanza a Malta, tale Paese dovrebbe astenersi dall'attribuire loro (o ai loro familiari) lo *status* di cittadini maltesi, altrimenti verrebbero private di effetto utile le misure restrittive.

Come già rilevato, Malta, a partire dal 2 marzo 2022 ha sospeso l'esame sia delle domande di cittadinanza che di residenza dei cittadini russi e bielorusi. Dunque, non ha compiuto violazioni del diritto dell'UE. Anzi, la decisione di sospendere potrebbe essere un indice della volontà di rispettare la posizione assunta dal Consiglio, *ex art. 29 TUE*, nei confronti della Russia e della Bielorussia. Tuttavia, non c'è certezza di questo; infatti, la giustificazione offerta dalle autorità maltesi non è collegata alle misure PESC adottate dall'UE nei confronti della Russia, ma all'impossibilità di svolgere in modo effettivo «*the necessary due diligence checks*»¹¹³. È immaginabile che si tratti dei controlli che devono essere effettuati prima di concedere la cittadinanza in relazione al rispetto delle norme anti-riciclaggio o in generale delle misure necessarie a prevenire lo sviluppo di altre forme di criminalità. Il ministro degli esteri del governo maltese dichiarava a marzo 2022 che nessuno dei beneficiari della legge sull'acquisizione della cittadinanza rientrava nell'elenco delle persone sanzionate, cercando così di rassicurare le istituzioni dell'UE che le sue decisioni in materia di cittadinanza non erano in contrasto con la posizione in materia di PESC adottata dall'UE nei confronti della Russia e della Bielorussia. Sottolineava, infine, che tra i richiedenti c'erano molte persone che cercavano di sfuggire a Putin¹¹⁴.

Un ultimo problema riguarda se la decisione di revocare la cittadinanza maltese a cittadini russi o bielorusi che l'hanno acquistata per naturalizzazione possa essere considerata incompatibile con il diritto dell'UE. Un giudice nazionale che dovesse trovarsi a decidere della validità di un provvedimento di revoca della cittadinanza, dovrebbe applicare gli orientamenti emersi nella giurisprudenza relativa alla revoca della cittadinanza¹¹⁵. Si ritiene che questi non impongano il provvedimento di revoca. Starà dunque al giudice decidere se i collegamenti tra l'investitore russo o bielorusso e il Paese di attribuzione della cittadinanza sono tali da ritenere che le conseguenze di un provvedimento di revoca incidono in maniera sproporzionata con il diritto alla vita privata e familiare – come avviene per un cittadino europeo

¹¹³ V. Times of Malta, www.timesofmalta.com/article/malta-suspends-golden-passport-scheme-for-russia-belarus-applicants.938229, 2 March 2022.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ V. par. 2.

che acquista la cittadinanza di un altro Paese europeo – o se la pericolosità dell'individuo in questione per la sicurezza nazionale è tale da giustificare la decisione di revoca.

5. Conclusioni

Dopo aver messo in evidenza i condizionamenti cui sono soggetti gli Stati membri quando decidono di revocare la cittadinanza, il saggio ha illustrato come con la sentenza *Commissione/Malta* il diritto dell'Unione impone condizioni agli Stati membri anche con riguardo all'attribuzione della cittadinanza. Tuttavia, la pronuncia sopra citata non è priva di forzature: risulta difficile affermare che i Trattati UE, i principi della solidarietà, della fiducia reciproca e della leale cooperazione permettono di sostenere che il regolamento maltese del 2020 sia incompatibile con gli obblighi discendenti dai Trattati, in assenza di una clausola anti-abuso nell'ambito dell'art. 20 TFUE. È vero che la sentenza del 29 aprile 2025 si limita a mettere in discussione solo una particolare procedura di naturalizzazione: i Programmi di CBI. Però questo elemento non attenua l'importanza della pronuncia che ha l'effetto di ridimensionare i poteri degli Stati membri di concedere la cittadinanza.

Sicuramente la Corte di giustizia avrà occasione di esaminare in ricorsi futuri altre questioni che rimangono sospese: ad esempio, se i programmi che consentono di ottenere la residenza per investimenti sono anch'essi vietati o se sia necessario revocare la cittadinanza a coloro che l'hanno ottenuta sulla base del programma maltese ovvero se sia confermata la giurisprudenza *Micheletti*¹¹⁶ per cui ogni Stato membro è tenuto a riconoscere come cittadino la persona a cui un altro Paese membro ha attribuito la cittadinanza.

Dopo aver svolto alcuni rilievi critici, nell'ultima parte di questo saggio abbiamo sottolineato come il potere di attribuzione della cittadinanza, che costituisce indiscutibilmente una prerogativa nazionale, è condizionato dalle misure di politica estera adottate dall'UE e dunque non può essere liberamente esercitabile dagli Stati membri. Gli obblighi discendenti dalle disposizioni del TUE relative alla PESC condizionano il potere di concessione della cittadinanza a cittadini stranieri in un contesto in cui l'UE cerca di far cessare un grave illecito internazionale, adottando misure restrittive nei confronti del Paese di origine di tali cittadini, nella misura in cui questi

¹¹⁶ *Micheletti*, sopra citata.

contribuiscono (direttamente e indirettamente) a tale illecito. Al momento, è incerto che la decisione di Malta di sospendere il programma nei confronti dei cittadini russi/bielorussi sia indicativa della volontà degli Stati membri di autolimitare il potere di attribuzione della cittadinanza nazionale per motivi collegati alla PESC.

Non vi è dubbio che il programma CBI maltese sfrutti indebitamente i benefici che la cittadinanza dell'UE offre ai cittadini di ogni Stato membro dell'Unione, e che ciò equivalga a una mercificazione della cittadinanza dell'Unione. In futuro sarebbe auspicabile modificare l'art. 20 del TFUE in modo da includere un divieto di abuso dell'istituto della cittadinanza europea per tradurre in uno specifico obbligo di diritto primario il divieto di condurre programmi di CBI stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza del 29 aprile 2025 che è stata qui commentata. Nella medesima disposizione potrebbe essere anche esplicitato l'obbligo di rigettare le domande di naturalizzazione di cittadini stranieri se questi diventano oggetto di misure restrittive individuali. Ciò permetterebbe agli Stati membri di esercitare la competenza nazionale in modo coerente rispetto ai loro obblighi in materia di PESC. Ciò detto, rimane difficile, al momento, soddisfare le condizioni per attivare la procedura di revisione dei Trattati.

Abstract (ita)

Il presente contributo analizza l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di revoca e concessione della cittadinanza, con particolare riferimento alle disposizioni dei Trattati relative alla cittadinanza dell'Unione. L'attenzione si concentra in particolare sulla recente sentenza *Commissione/Malta* (C-181/23), nella quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità del programma maltese di concessione della cittadinanza mediante investimenti (*Citizenship by Investment*). Il ragionamento adottato dalla Corte per giungere a tale conclusione solleva alcune perplessità, in assenza di una clausola anti-abuso nei Trattati, specificamente riferita alla cittadinanza dell'Unione, quale possibile strumento per contrastare il fenomeno delle cosiddette legislazioni sui "passaporti d'oro". Non risulta convincente neppure l'interpretazione dei principi di solidarietà, fiducia reciproca e leale cooperazione tra Stati membri. Infine, il saggio sostiene che la competenza degli Stati membri in materia di concessione della cittadinanza non può considerarsi illimitata, ma deve essere esercitata nel rispetto delle disposizioni dei Trattati, in particolare di quelle relative alla Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC). In tale prospettiva, si ritiene che gli Stati membri dovrebbero astenersi dal concedere la cittadinanza a soggetti stranieri inclusi nelle cosiddette "liste nere" delle misure restrittive adottate dall'Unione in risposta a illeciti internazionali.

Abstract (eng)

This paper examines the evolution of case law of the Court of Justice of the European Union concerning the revocation and conferral of citizenship, in light of the Treaty provisions on Union citizenship. Particular attention is devoted to the recent ruling in *Commission v. Malta* (C-181/23), in which the Court found Malta's citizenship-by-investment programme to be unlawful. The reasoning underpinning the Court's conclusion is not fully convincing, in the absence of a clause on the prohibition of the abuse of Union citizenship within the Treaties that could outlaw the so-called "golden passport" schemes. The interpretation of the principles of solidarity, mutual trust, and sincere cooperation among Member States is also weak. Finally, the paper argues that Member States' competence to grant citizenship is not unlimited, but must be exercised in compliance with the Treaty provisions, particularly those relating to the Common Foreign and Security Policy (CFSP). Accordingly, Member States should refrain from granting citizenship to foreign nationals who are placed in black lists of EU restrictive measures adopted in response to wrongful acts of international law.

**Atti Convegno IFA – a cura di C. Fratea
(Immigrazione, Frontiere e Asilo)
Verona, 6 dicembre 2024
Patto immigrazione e asilo: dalle nuove regole
alla sfida dell'attuazione**

LE “SFIDE” AI DIRITTI FONDAMENTALI E ALLE GARANZIE GIURISDIZIONALI NELL’AMBITO DELLE PROCEDURE INTRODOTTE DAL NUOVO PATTO SULLA MIGRAZIONE E L’ASILO

Bruno Nascimbene*

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Accertamenti alle frontiere e procedure per il riconoscimento della protezione internazionale: garanzie giurisdizionali e accesso effettivo alla giustizia. – 3. La fase di rimpatrio nel nuovo Patto: tra efficienza amministrativa e tutela dei diritti fondamentali. – 4. Meccanismo di solidarietà e responsabilità degli Stati membri. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

L’approvazione del nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo da parte dell’Unione europea nel 2024 ha rappresentato il punto di arrivo di un lungo processo politico e giuridico di riforma del sistema europeo comune di asilo. Il Patto si compone di dieci strumenti normativi, alcuni dei quali sostituiscono regolamenti e direttive esistenti, altri introducono disposizioni nuove, con l’obiettivo di rafforzare efficienza, solidarietà e prevedibilità nella gestione dei flussi migratori, anche nel tentativo di superare la logica emergenziale che ha spesso caratterizzato la gestione delle migrazioni, soprattutto nell’ultimo decennio. L’accordo raggiunto, tuttavia, è il frutto di un compromesso che, pur cercando di conciliare esigenze di controllo con la tutela dei diritti fondamentali, ha prodotto un sistema normativo che in più punti solleva rilievi e desta preoccupazioni. In particolare, emergono criticità significative rispetto alla compatibilità del nuovo impianto con la Carta dei diritti fondamentali dell’UE, con la CEDU e con la Convenzione di Ginevra del 1951, soprattutto per quanto riguarda l’accesso effettivo alla protezione internazionale e alle garanzie giurisdizionali, ben poste in luce dai diversi interventi che si sono succeduti nella sessione consacrata alle nuove procedure di asilo e al loro impatto sull’organizzazione degli Stati membri e sui diritti dei cittadini dei Paesi terzi. Alcune di queste criticità meritano particolare attenzione.

* Professore emerito di diritto dell’Unione europea nell’Università degli Studi di Milano, già ordinario di diritto internazionale nell’Università degli Studi di Genova. L’Autore desidera ringraziare la Professoressa Alessia Di Pascale per la collaborazione prestata, in particolare per la rilettura e la revisione critica del presente scritto.

2. *Accertamenti alle frontiere e procedure per il riconoscimento della protezione internazionale: garanzie giurisdizionali e accesso effettivo alla giustizia*

Il nuovo regime si articola in una procedura unificata che combina tre fasi: *screening*¹, esame della domanda di asilo², rimpatrio³. Questa sequenza si svolge principalmente, ma non solo, alle frontiere esterne, dove i migranti sono trattenuti e sottoposti a controlli preliminari senza accedere formalmente al territorio dello Stato membro. Sono interessati coloro che entrano irregolarmente, chiedono protezione durante il controllo, o sbarcano a seguito di operazioni SAR (*search and rescue*)⁴.

La fase di *screening* prevede accertamenti sull'identità, sulla salute e sulla sicurezza, ma non assicura un pieno accesso all'assistenza legale (la possibilità di contattare ed essere contattati da organizzazioni e persone che forniscono consulenza⁵), né la garanzia di un colloquio individuale, riducendo così le possibilità per il richiedente di presentare in modo efficace la propria posizione. Inoltre, l'esito dello *screening* non può essere autonomamente impugnato, eventuali violazioni delle garanzie potendo essere sollevate solo nel ricorso contro il successivo diniego della domanda di asilo o contro la decisione di rimpatrio.

Un elemento fortemente critico è l'estensione delle procedure accelerate e di frontiera, che diventano obbligatorie per categorie sempre più ampie di richiedenti. I tempi sono estremamente brevi: tre mesi improrogabili per le procedure accelerate⁶ (mentre l'attuale direttiva prevede che debbano essere svolte «in termini ragionevoli»⁷), dodici settimane (estendibili a sedici

¹ Regolamento (UE) 2024/1356 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che introduce lo screening dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817.

² Regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE.

³ Regolamento (UE) 2024/1349 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che aggiunge una procedura di rimpatrio alla frontiera e che modifica il regolamento (UE) 2021/1148.

⁴ Cfr. art. 1, regolamento (UE) 2024/1356, cit.

⁵ *Ivi*, art. 11, par. 1, lett. c) e art. 8, par. 6.

⁶ Art. 35, par. 3, regolamento (UE) 2024/1348, cit.

⁷ Art. 31, par. 9, direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale.

in caso di ricollocamento) per quelle di frontiera, comprendenti anche l'eventuale fase giurisdizionale⁸. Nuovi criteri oggettivi, come il provenire da Paesi con tassi di riconoscimento inferiori al 20%, estendono ulteriormente l'applicazione automatica di queste procedure⁹. Ciò indebolisce la valutazione individualizzata e potrebbe tradursi in decisioni sommariamente pregiudizievoli. Tema, questo, che non può non suscitare perplessità quanto alla tutela dei diritti del singolo.

Il regolamento (UE) 2024/1356 riduce sensibilmente i termini per la presentazione dei ricorsi, in alcuni casi a soli cinque giorni¹⁰. Inoltre, la possibilità di ottenere l'assistenza legale gratuita non è sempre garantita¹¹. Parallelamente, viene limitata l'attribuzione dell'effetto sospensivo automatico del ricorso¹², esponendo i richiedenti al rischio di espulsioni anche prima della decisione giudiziaria. Pur prevedendosi alcune garanzie minime, nella pratica tutto ciò potrebbe compromettere gravemente il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e al rispetto del principio di *non-refoulement* sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra e dall'art. 19 della Carta UE.

L'analisi condotta da Marcella Ferri nel saggio dal titolo *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva tra incertezze e potenzialità: spunti da alcune delle procedure previste dal nuovo Patto* mette in luce, da un lato, le ambiguità normative che minacciano il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e, dall'altro lato, le potenzialità dell'articolo 47 della Carta per garantire un'interpretazione conforme ai principi fondamentali dell'Unione.

3. *La fase di rimpatrio nel nuovo Patto: tra efficienza amministrativa e tutela dei diritti fondamentali*

Il rimpatrio è ora integrato nella procedura alla frontiera: la decisione viene adottata contestualmente al rigetto della domanda di asilo, con l'intento di evitare ritardi. Ai sensi dell'art. 4 del regolamento 2024/1349, il rimpatrio deve avvenire entro dodici settimane da computarsi a partire dalla notifica della decisione negativa sulla protezione. Questa previsione risponde a esigenze di celerità, ma solleva questioni importanti circa l'effettività delle garanzie processuali. In tale arco temporale, gli Stati membri esigono che la

⁸ Art. 51, par. 2, regolamento (UE) 2024/1348, cit.

⁹ *Ivi*, art. 42.

¹⁰ *Ivi*, art. 67.

¹¹ *Ivi*, art. 17.

¹² *Ivi*, art. 68.

persona soggiorni in un luogo sito alla frontiera esterna o in prossimità della stessa ovvero in una zona di transito, formalmente considerata esterna al territorio nazionale. Il trattenimento vero e proprio (sebbene non siano chiari i contorni distintivi del predetto obbligo di soggiorno) è consentito solo in quanto misura di ultima istanza, soggetta al principio di proporzionalità e a una valutazione individuale della situazione del migrante. Il trattenimento può proseguire in continuità rispetto alla fase di esame della domanda di asilo, oppure essere disposto *ex novo*, laddove sussistano specifici elementi, come il rischio di fuga, il rifiuto di cooperazione o motivi di sicurezza nazionale. In ogni caso, la durata del trattenimento non può eccedere le dodici settimane previste per la procedura stessa¹³.

Il saggio di Rossana Palladino dal titolo *Le nuove procedure “combinare” di asilo e di rimpatrio alla frontiera: quale incidenza sui diritti riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’UE?* analizza criticamente le nuove procedure di asilo e rimpatrio alla frontiera, evidenziando come il sistema tenda a generalizzare il trattenimento del richiedente alla frontiera, sulla base di presupposti ampi, con il rischio di pratiche arbitrarie e sproporzionate, anche alla luce della riduzione dei tempi per presentare ricorso contro le decisioni di rigetto e rimpatrio e la mancanza di effetto sospensivo automatico.

Inoltre, considerata l’applicazione automatica della procedura di frontiera o accelerata se il richiedente proviene da un Paese con un tasso di riconoscimento inferiore al 20%, o se è passato da un “Paese terzo sicuro”, anche se non vi ha legami effettivi, la procedura integrata presenta il rischio di una gestione selettiva e predefinita dei richiedenti, finalizzata alla loro rapida esclusione piuttosto che alla reale valutazione delle loro esigenze di protezione. Palladino sottolinea che tali meccanismi, pur inseriti in una cornice di legalità formale, possono dare luogo a una riduzione sostanziale delle garanzie, soprattutto per le persone vulnerabili o con difficoltà di accesso all’assistenza legale.

4. Meccanismo di solidarietà e responsabilità degli Stati membri

L’attuazione della solidarietà, tema trattato da Giuseppe Morgese nel Convegno, rappresenta uno dei pilastri su cui si fonda l’Unione europea, richiamata in modo esplicito nei trattati¹⁴. Nell’ambito del nuovo Patto è stata

¹³ Art. 5, regolamento (UE) 2024/1349, cit.

¹⁴ In argomento si veda, per tutti, G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell’Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018. Dello stesso A., v., tra gli altri

affrontata nel regolamento (UE) 2024/1351 sulla gestione dell'asilo e della migrazione¹⁵ e nel regolamento (UE) 2024/1359, concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo¹⁶. Quest'ultimo strumento rappresenta una novità e consente l'attivazione di misure di solidarietà rafforzata, ma anche di deroghe procedurali, nei confronti di Stati membri che affrontino eventi straordinari come crisi migratorie, calamità impreviste o strumentalizzazione dei flussi da parte di attori statali e non statali ostili. Tali misure, sebbene formalmente temporanee, estendono sensibilmente i tempi e le modalità di esame delle domande di asilo, sollevando dubbi rispetto alle garanzie giurisdizionali nei confronti dei richiedenti.

La riforma non elimina il principio di responsabilità del Paese di primo ingresso, nella sostanza confermando l'attuale sistema fondato su un limitato numero di criteri oggettivi gerarchicamente ordinati, con lievi aggiustamenti (per esempio i legami familiari o formativi con altri Stati membri), perpetuando un sistema iniquo e poco sostenibile, che mina il principio di equa ripartizione degli oneri sancito all'art. 80 TFUE. Inoltre, il meccanismo di solidarietà si attiva solo in presenza di una "pressione sproporzionata" o in situazioni di crisi o forza maggiore, il che ne limita fortemente l'efficacia preventiva.

Sebbene venga dichiarata una condivisione delle responsabilità, il sistema adottato è di tipo flessibile, in quanto consente agli Stati membri di scegliere tra ricollocamenti, contributi finanziari o altre misure di supporto. Desta soprattutto perplessità la possibilità per gli Stati di sostituire (mantenendo la piena discrezionalità) il ricollocamento con un contributo finanziario o misure alternative di cui deve essere indicato il valore finanziario (e che, laddove non siano richieste effettivamente, potranno essere convertite in contributi finanziari¹⁷), riducendo la solidarietà a una compensazione economica. Questa opzione è stata esplicitamente rivendicata da alcuni Paesi dell'Europa orientale, evidenziando una resistenza strutturale all'assunzione di responsabilità diretta nell'accoglienza.

contributi in tema, *Nuovo Patto Ue su migrazione e asilo: una solidarietà flessibile, poco incisiva, inutilmente complessa*, in *QC*, 2024, p. 936.

¹⁵ Regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060 e che abroga il regolamento (UE) n. 604/2013.

¹⁶ Regolamento (UE) 2024/1359 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo e che modifica il regolamento (UE) 2021/1147.

¹⁷ Art. 57, par. 4, regolamento (UE) 2024/1351, cit.

Il sistema, peraltro, non solo è flessibile, ma nel complesso dipende in buona misura da decisioni politiche e manca di automatismi giuridici, mantenendo una logica intergovernativa, che assegna un ruolo cruciale al Consiglio. Come osserva Teresa Moschetta nel suo contributo dal titolo *Il regolamento sulle situazioni di crisi e forza maggiore: riflessioni sulla governance per la gestione "ordinaria" di situazioni "straordinarie"*, la riforma appare un'occasione parzialmente mancata per rafforzare un'autentica *governance* sovranazionale del diritto d'asilo.

5. *Considerazioni conclusive*

Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo segna una svolta strategica nella politica migratoria dell'UE. Tuttavia, l'effetto cumulativo delle nuove procedure, delle limitazioni al ricorso, delle deroghe in situazioni di crisi e dell'enfasi sulla deterrenza, rischia di intaccare principi e valori fondanti dell'ordinamento europeo, così come di comprimere in modo sproporzionato le garanzie giurisdizionali e la protezione dei diritti fondamentali delle persone, consolidando una sorta di eccezione giuridica ai confini dell'Unione. L'efficienza amministrativa, per quanto necessaria, non può tuttavia essere perseguita a scapito della dignità umana e dell'accesso alla giustizia.

In conclusione (e i relatori al Convegno se ne sono ben resi conto), la nuova disciplina nel quadro del Patto rappresenta un tentativo di razionalizzazione delle procedure, ma espone il sistema europeo a rischi di arretramento nella tutela dei diritti fondamentali. La protezione, in questo contesto, rischia di divenire secondaria rispetto alla gestione. Sarà dunque cruciale il ruolo delle Corti – nazionali, europee – nel ridefinire i confini tra legittimo controllo e rispetto dei principi che permeano l'ordinamento dell'Unione europea.

IL DIRITTO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA TRA INCERTEZZE E POTENZIALITÀ: SPUNTI DA ALCUNE DELLE PROCEDURE PREVISTE DAL NUOVO PATTO*

Marcella Ferri**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le procedure di accertamento alle frontiere esterne. – 2.1. La tutela giurisdizionale al termine (*rectius* a valle) delle procedure di accertamento. – 3. Le garanzie procedurali durante la procedura di determinazione dello Stato membro competente. – 3.1. La tutela giurisdizionale avverso la decisione di trasferimento. – 4. La tutela giurisdizionale effettiva nel “rinnovato” diritto di asilo europeo: *quo vadis?*

1. *Introduzione*

L'11 giugno 2024, dopo un lungo processo di negoziazione, sono entrati in vigore¹ (benché non ancora applicabili²) dieci strumenti legislativi ricon-

* Lo scritto costituisce la versione aggiornata e ampliata della relazione svolta nel seminario annuale del Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo di AISDUE, “Patto immigrazione e asilo: dalle nuove regole alla sfida dell’attuazione”, svoltosi presso l’Università di Verona in data 6 dicembre 2024.

** Ricercatrice a tempo determinato in diritto dell’Unione europea presso l’Università di Firenze.

¹ Sul punto v. A. DI PASCALE, *Pubblicati gli atti che compongono il nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo*, in *EJ*, 27 maggio 2024. Per una precisa ricostruzione circa l’origine dei diversi strumenti legislativi riconducibili al “cappello” del nuovo Patto, v. P. DE BRUYCKER, *Genealogy of and futurology on the pact on migration and asylum*, in *eumigrationlawblog.eu*, 6 May 2024.

² Si tratta dei seguenti strumenti legislativi: regolamento (UE) 2024/1347 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, recante norme sull’attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e che abroga la direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio; regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell’Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE («regolamento procedure»); regolamento (UE) 2024/1349 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera e che modifica il regolamento (UE) 2021/1148; regolamento (UE) 2024/1350 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che istituisce un quadro dell’Unione per il reinsediamento e l’ammissione umanitaria e modifica il regolamen-

ducibili al Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo. A dispetto della volontà, dichiarata nella comunicazione con cui nel settembre 2020 la Commissione presentava il nuovo pacchetto legislativo³, di sancire un «nuovo inizio»⁴ nel settore dell'asilo (e della migrazione), i nuovi strumenti si pongono nel solco dei precedenti⁵ e costituiscono una ulteriore fase della costruzione dello spazio europeo comune di asilo⁶.

to (UE) 2021/1147; regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060 e che abroga il regolamento (UE) n. 604/2013 («regolamento gestione»); regolamento (UE) 2024/1352 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, recante modifica dei regolamenti (UE) 2019/816 e (UE) 2019/818, allo scopo di introdurre accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne; regolamento (UE) 2024/1356 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817 («regolamento accertamenti»); regolamento (UE) 2024/1358 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto dei dati biometrici ai fini dell'applicazione efficace dei regolamenti (UE) 2024/1351 e (UE) 2024/1350 o del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2001/55/CE del Consiglio e ai fini dell'identificazione dei cittadini di paesi terzi e apolidi il cui soggiorno è irregolare, e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio; regolamento (UE) 2024/1359 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo e che modifica il regolamento (UE) 2021/1147; direttiva (UE) 2024/1346 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale. I regolamenti si applicheranno, a seconda di quanto diversamente previsto da ciascuno di essi, a partire dal 12 giugno o dal 1° luglio 2026 (fatte salve alcune disposizioni del regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione che si applicano già dall'11 giugno 2024); la direttiva invece dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 12 giugno 2026.

³ Comunicazione della Commissione on a «New Pact on Migration and Asylum», COM (2020) 609final, 23 settembre 2020.

⁴ *Ivi*, p. 1.

⁵ Cfr. *inter alia* C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2020; M. BORRACCETTI, *Il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *DIC*, n. 1, 2021, p. 1 ss.

⁶ In tal senso, P. DE BRUYCKER, *op. cit.*; S. PEERS, *Taking Rights Half-Seriously: the new EU asylum laws*, in *YEL*, 2024, p. 3; F. SPITALERI, *La grande riforma del diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea: un'analisi d'insieme nella prospettiva dei rapporti tra ordinamenti*, in *EJ*, n. 1, 2025, p. 255 ss., spec. p. 258.

A ben vedere lo studio di tali strumenti consente, peraltro, di constatare un tendenziale *arretramento* negli standard di protezione dei diritti fondamentali dei cittadini di Paesi terzi tradendo, anche sotto questo profilo, la dichiarata volontà della Commissione di individuare nel rispetto dei diritti fondamentali uno degli assi portanti del nuovo patto.

L'analisi svolta in questa sede si limiterà al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, tenendo in considerazione anche le garanzie procedurali ad esso funzionali. Come noto, tale diritto si configura come principio generale di diritto dell'UE, oggi enunciato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali («Carta»)⁷ che, coerentemente con il principio dell'*ubi ius ibi remedium*, impone di assicurare tutela giurisdizionale effettiva con riguardo a ogni diritto derivante in capo al singolo in forza del diritto UE. All'anzidetto diritto corrisponde l'obbligo per gli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare la suddetta tutela in tutti i settori disciplinati dal diritto dell'Unione, conformemente all'art. 19, par. 1, TUE⁸.

La scelta di concentrarsi sul diritto alla tutela giurisdizionale effettiva trova giustificazione nelle peculiarità che esso assume nell'ordinamento dell'Unione e, in particolare, nel settore dell'asilo. A differenza degli altri diritti tutelati dalla Carta, si può infatti affermare che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva abbia una duplice connotazione e funzione⁹.

In primo luogo, esso definisce il criterio che, limitando l'autonomia procedurale degli Stati membri, impone di ridisegnare le norme procedurali nazionali introducendo gli «adattamenti»¹⁰ necessari ad assicurare la tute-

⁷ *Inter alia*, H. CH HOFMANN, *Article 47*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1212.

⁸ La letteratura sull'art. 19, par. 1, TUE è vastissima; ci si limita a richiamare G. TESAURO, *Articolo 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 196 ss., spec. p. 201 ss.; M. KLAMERT, B. SCHIMA, *Article 19 TEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2019, p. 172 ss., spec. p. 182 ss.

⁹ Una ulteriore funzione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta attiene alla necessità di assicurare un rimedio effettivo avverso gli atti e le misure delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, in quanto «comunità di diritto» (Corte giust. 23 aprile 1986, 294/83, *Les Verts*, punto 23), da garantirsi in particolare nell'ambito del ricorso di annullamento; con riferimento a tale ulteriore profilo, cfr. T. LOCK, D. MARTIN, *Article 47*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *op. cit.*, p. 2214 ss., spec. p. 2217 ss.; G. VITALE, *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nell'art. 47 della Carta di Nizza*, in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel sistema integrato di tutela*, Torino, 2022, p. 297 ss., spec. p. 302 ss.

¹⁰ L'espressione si trova in A. ADINOLFI, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in *DUE*, n. 3, 2008, p. 617 ss., spec. p. 635; l'A. si riferisce al principio

la giurisdizionale effettiva dei diritti derivanti in capo ai singoli dal diritto UE¹¹. In ragione dell'effetto diretto riconosciuto all'art. 47 della Carta, i suddetti adeguamenti si realizzano, peraltro, non solo tramite la disapplicazione delle norme nazionali incompatibili con lo standard di tutela giurisdizionale definito da tale disposizione, ma finanche individuando in essa «un titolo di competenza direttamente applicabile» che, in mancanza di una norma nazionale, impone al giudice nazionale di dichiararsi competente per assicurare la suddetta tutela giurisdizionale¹².

In secondo luogo, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta costituisce il *parametro* per definire il contenuto di questo diritto quando esso è previsto in uno strumento di diritto derivato. Quando – come di sovente accade – l'atto di diritto derivato contiene una specifica disposizione volta a garantire un mezzo di ricorso, secondo un principio ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte, le sue caratteristiche «devono essere determinate *conformemente* all'articolo 47 della Carta»¹³. Si tratta certamente di una operazione ermeneutica che si fonda sul ruolo della Carta quale parametro di conformità del diritto derivato. Tuttavia, nello scenario qui considerato la Carta non assurge “solo” a parametro interpretativo della disposizione di diritto derivato da intendersi nell'acce-

di effettività quale limite che, unitamente a quello di equivalenza, si impone all'autonomia procedurale degli Stati membri; l'espressione è tuttavia applicabile anche al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta. Riguardo al rapporto tra il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e il principio di effettività, cfr. *inter alia* J. KROMMENDIJK, *Is there light on the horizon? The distinction between “Rewe effectiveness” and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, in CMLR, n. 5, 2016, p. 1395 ss.

¹¹ In relazione al ruolo che l'art. 47 svolge nel rapporto tra diritto UE e diritto nazionale, è stato evidenziato che oltre alla dinamica *top down* richiamata nel testo, tale disposizione può anche svolgere un ruolo di «ponte» tra i diversi livelli di tutela nell'ottica di una loro massimizzazione; cfr. N. LAZZERINI, *La determinazione dello standard di tutela giurisdizionale effettiva tra diritto interno e sovranazionale: l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali come “grimaldello” e come “ponte”*, in questa *Rivista*, n. 1, 2022, p. 23 ss.

¹² Corte giust. 14 maggio 2020, C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS*, punti 145 e 146.

¹³ *Inter alia*, Corte giust. 18 dicembre 2014, C-562/13, *Abdida*, punto 45; 19 giugno 2018, C-181/16, *Gnandi*, punto 52. Inoltre, Corte giust. 4 ottobre 2024, C-406/22, *Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky*, punto 86; 3 aprile 2025, C-283/24, *Barouk*, punto 25, relative al ricorso avverso la decisione di diniego della domanda di protezione internazionale di cui all'art. 46 della direttiva procedure; 17 ottobre 2024, C-156/23, *Ararat*, punto 46, relativa allo strumento di ricorso avverso la decisione di rimpatrio ai sensi dell'art. 13 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 («direttiva rimpatri»).

zione di criterio “orientativo” che impone di privilegiarne l’interpretazione maggiormente conforme a un diritto fondamentale¹⁴. In questo caso, l’art. 47 della Carta va a *integrare* la disposizione di diritto derivato, consentendo di definire compiutamente la portata, le modalità e le conseguenze del mezzo di ricorso garantito dalla disposizione derivata¹⁵.

Questa *funzione integratrice* che l’art. 47 della Carta svolge rispetto agli atti di diritto derivato rilevanti rispetto al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva è particolarmente significativa laddove tali atti non appaiono, perlomeno *prima facie*, pienamente compatibili con tale diritto, imponendo quindi la ricerca delle modalità per superare il suddetto contrasto. Ed è proprio quello che si osserva nelle procedure qui esaminate.

Ci si concentrerà, in primo luogo, sulle procedure di accertamento cui, conformemente al nuovo regolamento accertamenti¹⁶, saranno sottoposti tutti i cittadini di Paesi terzi che attraversano una frontiera esterna senza avere i requisiti per un ingresso regolare. Come si vedrà, tale regolamento non prevede alcuno strumento di ricorso all’esito delle procedure di accertamento. Questa lacuna normativa impone innanzitutto di verificarne la compatibilità con il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e, successivamente, di individuare le modalità per assicurare la suddetta tutela, in particolare laddove nel corso della procedura non siano state rispettate le garanzie procedurali previste a favore del soggetto sottoposto ad accertamenti.

In secondo luogo, si prenderà in esame la procedura di trasferimento del richiedente protezione internazionale verso lo Stato membro com-

¹⁴ Riguardo a tale ruolo della Carta, cfr. K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZFONS, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *op. cit.*, p. 1559 ss., spec. p. 1575.

¹⁵ Una ampia casistica al riguardo è offerta dalla giurisprudenza relativa al ricorso avverso la decisione di diniego della domanda di protezione ai sensi dell’art. 46 della direttiva procedure; al riguardo, si v. da ultimo *Barouk*, sopra citata, in cui la Corte, interpretando tale disposizione alla luce dell’art. 47 della Carta, ha statuito che il giudice, adito nell’ambito del ricorso avverso il diniego della domanda, deve disporre del potere di ordinare una visita medica del richiedente qualora ritenga che essa sia necessaria ai fini della valutazione della domanda. Per una analisi della giurisprudenza al riguardo, con riferimento al settore dell’asilo e della migrazione, v. *inter alia*, M. RENEMAN, *No Turning Back? The Empowerment of National Asylum and Migration Courts under Article 47 of the Charter*, in M. BONELLI, M. ELIANTONIO, G. GENTILE (eds.), *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection. Volume 1: The Court of Justice’s Perspective*, London, 2022, p. 137 ss.; F. SPITALERI, *La tutela giurisdizionale effettiva dei singoli nei settori dell’immigrazione e dell’asilo*, in questa Rivista, n. 1, 2024, p. 1 ss., spec. p. 3 ss.

¹⁶ Regolamento (UE) 2024/1356, cit.

petente a esaminare la domanda, disciplinata dal nuovo regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione¹⁷ in continuità con l'attuale regolamento 604/2013 («regolamento Dublino III»)¹⁸. Le problematiche poste dal nuovo regolamento trovano origine nella portata estremamente circoscritta del ricorso esperibile dal richiedente avverso la decisione di trasferimento nell'ambito del quale, secondo quanto previsto dalla nuova normativa, non può essere fatta valere la violazione delle garanzie procedurali invece ampiamente assicurate dal regolamento stesso.

Proprio le modalità con cui il diritto al ricorso è disciplinato in relazione alle procedure di accertamento e di trasferimento sono all'origine della scelta di concentrarsi su di esse. La circostanza che il diritto al ricorso sia, rispettivamente, non previsto in relazione all'esito dell'accertamento e assicurato in modo estremamente restrittivo con riguardo alla decisione di trasferimento, consente di evidenziare in modo paradigmatico tanto le problematiche poste dal diritto derivato in relazione alla conformità con il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta, quanto le potenzialità che questo stesso diritto offre per assicurare pienamente tale compatibilità.

2. Le procedure di accertamento alle frontiere esterne

Come già richiamato, tra le novità del nuovo patto vi è l'introduzione di una sorta di «macro-procedura di frontiera», definita «fluida» dalla Commissione¹⁹ e destinata ad applicarsi a tutti i cittadini terzi che attraversano una frontiera esterna senza soddisfare le condizioni d'ingresso previste dal diritto UE²⁰. Questa macro-procedura si articola in tre fasi distinte ma

¹⁷ Regolamento (UE) 2024/1351, cit.

¹⁸ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione).

¹⁹ COM (2020) 609final, cit., punto 2.1: «La Commissione propone di istituire una procedura di frontiera fluida, applicabile a tutti i cittadini di paesi terzi che attraversano senza autorizzazione, comprendente accertamenti preliminari all'ingresso, una procedura di asilo e, se del caso, una procedura di rimpatrio rapido, combinando in tal modo processi attualmente distinti».

²⁰ Si tratta delle condizioni definite in particolare dall'art. 6 del regolamento (UE) 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).

strettamente connesse tra di esse: gli accertamenti preliminari all'ingresso, l'esame della domanda di protezione internazionale (da effettuarsi – laddove ve ne siano i presupposti – alla frontiera) e, eventualmente, il rimpatrio, da svolgersi anch'esso direttamente alla frontiera. In ciascuna di queste fasi si applica una procedura disciplinata, rispettivamente, dal nuovo regolamento accertamenti, dal regolamento procedure²¹ (destinato ad abrogare la direttiva procedure²²) e dal nuovo regolamento sul rimpatrio alla frontiera²³.

Per quanto concerne le procedure di accertamento, e limitando l'attenzione alle frontiere esterne²⁴, il regolamento accertamenti prevede che esse riguardino tutti i cittadini di Paesi terzi che non soddisfano le condizioni di ingresso nel territorio di uno Stato membro ai sensi del Codice frontiere Schengen e che abbiano presentato domanda di protezione internazionale presso i valichi di frontiera esterni o nelle zone di transito, nonché coloro che, a prescindere dalla eventuale presentazione di una domanda di protezione, abbiano attraversato irregolarmente via terra, mare o aria la frontiera esterna di uno Stato membro o siano sbarcati in seguito a un'operazione di ricerca e soccorso²⁵.

Durante gli accertamenti alla frontiera esterna, la persona non è autorizzata a entrare nel territorio dello Stato membro²⁶ e deve rimanere «a disposi-

²¹ Art. 4, regolamento (UE) 2024/1348, cit.

²² 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 (rifusione).

²³ Regolamento (UE) 2024/1349, cit.

²⁴ Il regolamento prevede una ulteriore ipotesi di accertamento che si svolge, invece, all'interno del territorio degli Stati membri nei confronti dei cittadini di Paesi terzi che soggiornino illegalmente nel territorio di uno Stato membro e che, dopo aver attraversato una frontiera esterna in modo non autorizzato, non siano già stati sottoposti ad accertamenti in un altro Stato membro (regolamento accertamenti, art. 7, par. 1). Ai sensi dell'art. 7, par. 2, gli Stati membri possono astenersi dallo svolgimento di tali accertamenti qualora il cittadino di paese terzo sia trasferito, immediatamente dopo il rintraccio, in un altro Stato membro sulla base di accordi o intese bilaterali o nell'ambito di quadri di cooperazione bilaterale; in tale ipotesi, gli accertamenti saranno posti in essere dallo Stato membro in cui il cittadino viene trasferito.

²⁵ Per una compiuta analisi del regolamento accertamenti, cfr. L. JAKULEVICIENE, *EU Screening Regulation: closing gaps in border control while opening new protection challenges?*, in *Odysseus network blog*, 28 June 2024; F. RONDINE, *Il regolamento sugli accertamenti preingresso: irregolarizzare i richiedenti protezione normalizzando procedure "di crisi" alle frontiere esterne dell'Unione*, in questa *Rivista*, n. 4, 2024, p. 83 ss.

²⁶ Art. 6, regolamento (UE) 2024/1356; trova applicazione la c.d. finzione di non ingresso, al riguardo cfr. *inter alia* L. JAKULEVICIENE, *op. cit.*: «The Screening Regulation overly relies

zione delle autorità competenti [...] *nei luoghi*» preposti «per la durata degli accertamenti»²⁷; la procedura deve essere espletata in un «luogo adeguato» individuato dagli Stati membri che, nel caso degli accertamenti alle frontiere esterne, è generalmente ubicato presso di esse «o nelle loro vicinanze o, in alternativa, in altri luoghi all'interno del [...] territorio»²⁸.

Durante la procedura, le autorità competenti devono svolgere una pluralità di controlli e raccolgono una serie di informazioni. Le procedure di accertamento, da concludersi in un brevissimo lasso di tempo²⁹, mirano in particolare ad assicurare l'identificazione e la registrazione dei dati biometrici dei cittadini di Paesi terzi, un «controllo preliminare» circa lo stato di salute e la presenza di una situazione di vulnerabilità e un controllo di sicurezza finalizzato a verificare se il cittadino possa costituire una minaccia per la sicurezza interna. Inoltre, e molto significativamente, le procedure di accertamento hanno lo scopo di individuare la «procedura adeguata»³⁰ verso la quale il soggetto sarà indirizzato.

A dispetto di quanto dichiarato dalla Commissione nella proposta di regolamento³¹, la procedura di accertamento impatta significativamente sulla

on the notion of legal fiction of persons being physically in the territory albeit not authorized to enter the territory of the MSs during the screening process [...] (this situation has been called 'fiction of non-entry')»; sulle specifiche conseguenze della finzione di non ingresso, cfr. tra gli altri K. SODERSTROM, *An Analysis of the Fiction of Non-Entry as Appears in the Screening Regulation. Commentary Prepared for the European Council on Refugees and Exiles*, September 2022, reperibile *online*; v. anche European Parliamentary Research Service, *Legal fiction of non-entry in EU asylum policy*, April 2024.

²⁷ Art. 6 regolamento (UE) 2024/1356, cit., corsivo aggiunto, in relazione agli accertamenti alla frontiera esterna; tale obbligo è previsto «al fine di prevenire qualsiasi rischio di fuga nonché le minacce potenziali alla sicurezza interna derivanti da tale fuga, o i rischi potenziali per la salute pubblica che potrebbero derivare da tale fuga»; al riguardo, si v. anche l'art. 9, par. 1, relativo agli obblighi dei cittadini di Paesi terzi sottoposti agli accertamenti.

²⁸ *Ivi*, art. 8, par. 1.

²⁹ Il regolamento prevede che gli accertamenti alle frontiere esterne «sono effettuati senza indugio» e devono essere in ogni caso completati entro sette giorni dal rintraccio alla frontiera esterna, dallo sbarco o dalla presentazione della domanda al valico di frontiera (art. 8, par. 3).

³⁰ Considerando n. 6 e art. 1, regolamento (UE) 2024/1356, cit.

³¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, COM (2020) 612final, del 23 settembre 2020: «La presente proposta *non* incide sulle procedure esistenti nel settore dell'asilo e dei rimpatri *né pregiudica* l'esercizio dei diritti individuali, bensì si limita a organizzare meglio la fase antecedente all'ingresso per agevolare un'applicazione più efficace di tali procedure» (corsivi aggiunti).

sorte cui andrà incontro il cittadino di Paese terzo e ciò sotto un duplice profilo. In primo luogo, coloro che fanno domanda di protezione internazionale sono indirizzati alle autorità competenti per la registrazione della domanda; chi invece non presenta domanda va incontro alle procedure di rimpatrio di cui alla direttiva rimpatri³². In secondo luogo, le informazioni raccolte durante gli accertamenti determinano la tipologia di procedura da applicarsi per l'esame della domanda: è infatti sulla base di esse che le autorità individuano le condizioni in cui, in deroga al regime ordinario, la domanda dovrà essere esaminata secondo la procedura di frontiera conformemente a quanto previsto dal regolamento procedure³³.

Nonostante le rilevanti ricadute connesse all'esito della procedura di accertamento, le *garanzie procedurali* previste in questa fase sono estremamente contenute.

Per quanto concerne gli *obblighi informativi*, si prevede che al cittadino di Paese terzo sottoposto ad accertamenti siano fornite una serie di informazioni in una lingua da lui compresa o ragionevolmente comprensibile, per iscritto e, se necessario, oralmente, ricorrendo a servizi di interpretazione³⁴. Tra le informazioni che devono essere garantite vi sono, in particolare, quelle relative alle finalità, la durata, le modalità e gli esiti degli accertamenti, ai diritti e agli obblighi durante gli accertamenti e, in particolare al diritto di presentare domanda di protezione internazionale e alla possibilità di contattare organizzazioni e persone che offrano loro consulenza. A questo riguardo, è necessario rimarcare che, durante la fase degli accertamenti, non è garantita assistenza legale, ma solo la «possibilità di contattare [...] di essere contattati» da organizzazioni e persone che prestano consulenza³⁵ cui gli Stati devono assicurare l'effettivo accesso a tali soggetti. Al riguardo, occorre tuttavia segnalare che tale accesso è suscettibile di rilevanti limitazioni di fatto e di diritto. L'accesso ai soggetti sottoposti ad accertamenti può essere infatti limitato dalle autorità nazionali in determinate ipotesi previste dal regolamento³⁶. Inoltre, si deve considerare che, in ragione delle tempistiche

³² V. *supra*, nota 13.

³³ Regolamento procedure, art. 45.

³⁴ Art. 11 regolamento (UE) 2024/1356, cit.; garanzie particolari sono poi previste per i minori (art. 11, par. 3, e art. 13).

³⁵ *Ivi*, art. 11, par. 1, lett. c), e art. 8, par. 6.

³⁶ Art. 8, par. 6. Tale accesso può essere limitato dagli Stati membri qualora risulti oggettivamente necessario, conformemente al diritto nazionale, per la sicurezza, l'ordine pubblico o la gestione amministrativa del valico di frontiera o della struttura in cui si svolgono gli accertamenti, purché l'accesso non risulti seriamente limitato o non sia reso impossibile.

estremamente brevi e delle condizioni concrete (alla frontiera o nell'immediatezza dello sbarco dopo un'operazione di ricerca e soccorso in mare) in cui si svolgono gli accertamenti, l'effettività dell'accesso e delle consulenze prestate possono subire rilevanti limitazioni fattuali.

Un ulteriore profilo particolarmente problematico è costituito dalla circostanza che, a dispetto della tipologia di atto legislativo scelto, questo non stabilisce – e neppure ne rimette a una successiva definizione attraverso atti esecutivi della Commissione – requisiti minimi circa le modalità con cui devono essere raccolte le informazioni e, in particolare, non impone lo svolgimento di un colloquio. Le suddette modalità sono quindi lasciate alla discrezionalità degli Stati membri tra i quali, prevedibilmente, si affermeranno prassi minimali.

2.1. *La tutela giurisdizionale al termine (rectius a valle) delle procedure di accertamento*

Il regolamento prevede, all'art. 18, che l'accertamento possa concludersi con due esiti alternativi³⁷. Il primo è costituito dall'avvio della procedura di esame della domanda di protezione, attraverso la registrazione di quest'ultima presso le autorità dello Stato membro dove si sono svolti gli accertamenti oppure attraverso la ricollocazione in un altro Stato membro. Il secondo esito è invece rappresentato dalla procedura di rimpatrio. Nella proposta della Commissione, la disposizione corrispondente all'attuale art. 18 prevedeva anche un terzo e ulteriore – benché meramente eventuale – sbocco, ossia il c.d. rifiuto di ingresso: si prevedeva infatti che, in situazioni diverse da quelle connesse a operazioni di ricerca e soccorso, il cittadino di Paese terzo avrebbe *potuto* vedersi rifiutare l'ingresso conformemente all'art. 14 del Codice frontiere Schengen³⁸. A parere di chi scrive, il rifiuto di ingresso, quale possibile e ulteriore conseguenza dell'accertamento, non trova spazio nella definitiva versione del regolamento che, molto chiaramente, pone un'unica *alternativa* tra la procedura di esame della domanda e quella di rimpatrio³⁹.

³⁷ Art. 18 regolamento (UE) 2024/1356, cit.

³⁸ COM (2020) 612final, cit., art. 14, par. 1, capoverso 2: «In circostanze non collegate a operazioni di ricerca e soccorso, *può* essere rifiutato loro l'ingresso in conformità dell'articolo 14 del regolamento (UE) 2016/399» (corsivo aggiunto).

³⁹ Si veda anche regolamento accertamenti, considerando n. 15: «Al termine degli accertamenti è opportuno che i cittadini di paesi terzi interessati siano indirizzati alle autorità competenti per la registrazione della domanda di protezione internazionale *oppure*, a seconda dei casi, che siano sottoposti a procedure conformi alla direttiva 2008/115/CE» (corsivo aggiunto).

L'aspetto su cui preme ora concentrare l'analisi è la mancata previsione di un ricorso al termine della procedura di accertamento. Il regolamento prevede infatti che, conclusa la procedura, le autorità preposte compilino un «modulo consuntivo» contenente tutte le informazioni raccolte, che sarà successivamente trasmesso alle autorità competenti alle quali è indirizzato il cittadino di Paese terzo. In relazione all'*esito* dell'accertamento⁴⁰, non è invece previsto un diritto al ricorso. L'unica garanzia consiste nella circostanza che, prima della trasmissione del modulo consuntivo alle autorità competenti, le informazioni in esso contenute devono essere messe a disposizione della persona interessata, affinché questa abbia la possibilità di indicarne l'eventuale inesattezza⁴¹.

L'assenza di un controllo giurisdizionale sul risultato degli accertamenti è stata giustificata dalla Commissione in ragione del fatto che, in seguito ad essi la persona sarà oggetto di una procedura di rimpatrio o di asilo «nel

aggiunto). In dottrina, è stato prospettato che rimanga uno spazio applicativo per il rifiuto di ingresso di cui all'art. 14 del Codice frontiere Schengen in ragione del fatto che l'art. 2, par. 2, lett. a) prevede la facoltà degli Stati membri di non darvi applicazione in relazione a coloro che sono «fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro» (in tal senso, F. RONDINE, *Il regolamento sugli accertamenti preingresso*, cit., p. 7; in senso analogo, E. CELORIA, F. RONDINE, *Escludere e disciplinare: linee di tendenza emergenti dal regolamento accertamenti, dal regolamento procedure e dalla direttiva accoglienza del Nuovo patto europeo sulla migrazione e l'asilo*, in DIC, n. 1, 2025, p. 1 ss., spec. p. 8). Si noti che il regolamento accertamenti non dispone un rinvio *tout court* alla direttiva rimpatri, tale quindi da ricomprendere *anche* la facoltà di cui all'art. 2, par. 2, lett., a); al contrario, il regolamento prevede l'applicabilità delle «procedure di rimpatrio *conformi* alla direttiva 2008/115/CE» (corsivo aggiunto). In altre parole, il richiamo alla direttiva è operato in quanto questa costituisce lo strumento legislativo disciplinante la procedura di rimpatrio. Inoltre, benché nella relazione di accompagnamento della proposta di regolamento si affermasse che «Al termine degli accertamenti, la persona che è stata sottoposta ad essi diventa oggetto di una procedura di rimpatrio o di asilo, nel corso della quale vengono prese decisioni che possono essere soggette a controllo giurisdizionale, o è destinataria di un rifiuto d'ingresso» (COM (2020) 612final, cit.), tale affermazione trovava giustificazione nella circostanza che la suddetta proposta prevedeva *espressamente* il rifiuto di ingresso quale ulteriore – benché meramente eventuale – esito dell'accertamento (v. *supra*, nota 38); una tale previsione non compare invece nella versione definitiva del regolamento.

⁴⁰ Rispetto all'*esito* dell'accertamento si noti, peraltro, che l'art. 17 del regolamento, relativo al contenuto del modulo consuntivo, si limita a prevedere che in esso si deve indicare se il cittadino di Paese terzo interessato abbia fatto una domanda di protezione internazionale, senza invece la necessità di specificare le conseguenze di tale circostanza.

⁴¹ Art. 17, par. 3, regolamento (UE) 2024/1356, cit.

corso della quale vengono prese decisioni che possono essere soggette a controllo giurisdizionale»⁴².

In tale scenario, occorre innanzitutto verificare se questo spostamento della tutela giurisdizionale dall'esito dell'accertamento a quello della procedura verso la quale la persona sarà indirizzata deve ritenersi *compatibile* con il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. L'interrogativo pare trovare risposta positiva alla luce di quanto statuito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Diouf*⁴³, resa in vigore della prima direttiva procedure⁴⁴, in cui era stato precisato che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva non impone di assicurare un ricorso avverso la decisione dell'autorità amministrativa di esaminare la domanda di protezione con procedura accelerata purché «i motivi addotti a giustificazione dell'applicazione di una procedura accelerata possano essere effettivamente contestati *successivamente* dinanzi al giudice nazionale e da questi vagliati nell'ambito del ricorso esperibile contro la decisione finale con la quale si conclude il procedimento relativo alla domanda di asilo»⁴⁵.

Appurata la compatibilità con il diritto alla tutela giurisdizionale dello spostamento a valle della tutela, l'interrogativo da porsi attiene alle *modalità* in cui possano essere fatte valere le violazioni delle garanzie procedurali da assicurarsi, invece, durante la procedura di accertamento. Detto diversamente, fermo restando che i *presupposti* legittimanti l'applicazione, all'esito degli accertamenti, della procedura di asilo o di rimpatrio devono poter essere oggetto di sindacato giurisdizionale conformemente al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, la problematica da affrontare attiene all'ipotesi in cui la presenza dei suddetti presupposti sia ravvisata al termine di una procedura di accertamento in cui non siano stati efficacemente garantiti gli

⁴² COM (2020) 612final, cit.

⁴³ In questo senso, S. PEERS, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁴ Direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato.

⁴⁵ Corte giust. 28 luglio 2011, C-69/10, *Diouf*, punto 58. In tale occasione, pronunciandosi in relazione alla decisione dell'autorità amministrativa di esaminare una domanda di protezione con procedura accelerata, la Corte ha innanzitutto statuito che, quando la suddetta decisione riguarda la procedura applicabile all'esame della domanda di asilo adottata in modo autonomo e indipendente dalla decisione finale di merito sulla domanda, ne costituisce un atto preparatorio. Pertanto, essa non può considerarsi compresa nel novero di decisioni rispetto alle quali deve essere garantito il ricorso, ai sensi dell'art. 39 della direttiva allora vigente, con una formulazione, almeno sotto questo profilo, analoga a quella della norma corrispondente presente nel regolamento procedure.

obblighi procedurali e, in particolare, quelli informativi, previsti a tutela del cittadino di Paese terzo.

La risposta a tale interrogativo richiede, in particolare, di risolvere due problematiche: la prima relativa al *diritto* da invocare per lamentare le suddette violazioni delle garanzie procedurali; la seconda concernente la *sede giurisdizionale* in cui farle valere.

Per quanto attiene al primo profilo, si possono esplorare due soluzioni.

La prima si fonda sulla premessa secondo cui le garanzie procedurali previste dal regolamento accertamenti potrebbero qualificarsi come diritti riconosciuti dal diritto UE ai soggetti sottoposti agli accertamenti rispetto ai quali è, quindi, necessario assicurare tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 47 della Carta, conformemente al principio dell'*ubi ius ibi remedium*. A fronte di tale prospettazione si potrebbe, tuttavia, obiettare che le garanzie procedurali previste dal regolamento risultano estremamente deboli e non paiono da esso qualificate in termini di diritti dei cittadini di Paesi terzi sottoposti alle procedure *de qua*⁴⁶.

⁴⁶ Si veda in particolare la formulazione dell'art. 11: «Gli Stati membri provvedono affinché i cittadini di paesi terzi sottoposti agli accertamenti siano informati di quanto segue: a) le finalità, la durata e gli elementi degli accertamenti, nonché le modalità con cui questi sono effettuati e i loro possibili esiti; b) il diritto di presentare domanda di protezione internazionale e le norme applicabili alla presentazione di una domanda di protezione internazionale, se del caso nelle circostanze specificate all'articolo 30 del regolamento (UE) 2024/1348, e, per tali cittadini di paesi terzi che hanno fatto domanda di protezione internazionale, gli obblighi e le conseguenze dell'inosservanza di cui agli articoli 17 e 18 del regolamento (UE) n. 2024/1351; c) i loro diritti e obblighi durante gli accertamenti, compresi i loro obblighi di cui all'articolo 9 e la possibilità di contattare le organizzazioni e le persone di cui all'articolo 8, paragrafo 6, nonché di essere contattati da tali organizzazioni e persone; d) i diritti conferiti all'interessato dal diritto dell'Unione applicabile in materia di protezione dei dati, in particolare dal regolamento (UE) 2016/679. 2. Gli Stati membri provvedono inoltre, se del caso, affinché i cittadini di paesi terzi sottoposti agli accertamenti siano informati di quanto segue: a) le norme applicabili in materia di condizioni d'ingresso per i cittadini di paesi terzi in conformità del regolamento (UE) 2016/399, nonché di altre condizioni d'ingresso, soggiorno e residenza nello Stato membro interessato, nella misura in cui tali informazioni non siano state già fornite; b) l'obbligo di rimpatrio a norma della direttiva 2008/115/CE e le possibilità di iscriversi a un programma che fornisce assistenza logistica o finanziaria e altri tipi di assistenza materiale o in natura al fine di sostenere la partenza volontaria; c) le condizioni di partecipazione alla ricollocazione in conformità dell'articolo 67 del regolamento (UE) n. 2024/1351 o di un altro meccanismo di solidarietà esistente. 3. Durante gli accertamenti le informazioni sono fornite in una lingua che il cittadino di paese terzo comprende o che ragionevolmente si suppone gli sia comprensibile. Le informazioni sono fornite per iscritto, su carta o in formato elettronico, e, se necessario, oralmente, ricorrendo a servizi di interpretazione. Nel caso dei minori, le informazioni sono fornite in maniera adatta ai minori stessi e adeguata all'età e con

Una seconda strada percorribile può invece essere costituita dal *diritto di essere ascoltato*. Secondo una giurisprudenza ormai consolidata, tale diritto è ricollegato al diritto al contraddittorio, quale «parte integrante» dei diritti della difesa⁴⁷, il cui fondamento è stato, a sua volta, rinvenuto dalla Corte talvolta negli artt. 47 e 48 (presunzione di innocenza e diritti della difesa) e talvolta nell'art. 41 (diritto a una buona amministrazione) della Carta⁴⁸. In particolare, come noto, l'art. 41, par. 2, lett. b) riconosce «il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio». A tal proposito, occorre richiamare che, coerentemente con la formulazione di questa disposizione che si riferisce al solo operato di istituzioni, organi e organismi dell'Unione, la Corte non ne ha mai esteso l'ambito di applicazione agli Stati membri⁴⁹. Tuttavia, essa ha ampiamente riconosciuto che l'art. 41 della Carta e, in particolare, il rispetto dei diritti della difesa, costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che, in quanto tale, gli Stati membri devono rispettare quando attuano il diritto dell'Unione⁵⁰.

Quanto al *contenuto* del diritto di essere ascoltato, esso deve consentire alla persona interessata di manifestare in modo utile ed efficace il proprio

il coinvolgimento del rappresentante o della persona di cui all'articolo 13, paragrafi 2 e 3. Le autorità competenti per gli accertamenti possono provvedere a mettere a disposizione servizi di mediazione culturale per agevolare l'accesso alla procedura di protezione internazionale. 4. Gli Stati membri possono autorizzare le organizzazioni e gli organismi nazionali, internazionali e non governativi pertinenti e competenti a fornire ai cittadini di paesi terzi le informazioni di cui al presente articolo durante gli accertamenti, secondo la legislazione nazionale».

⁴⁷ *Inter alia*, Corte giust. 22 novembre 2012, C-277/11, *M.*, punto 82; 3 luglio 2014, C-129/13, *Kamino International Logistics e Datema Hellmann Worldwide Logistics*, punto 28; 5 novembre 2014, C-166/13, *Mukarubega*, punto 45. Talvolta è lo stesso diritto di essere ascoltato ad essere stato qualificato quale «parte integrante» dei diritti della difesa, in tal senso Corte giust. 11 dicembre 2014, C-249/13, *Boudjlida*, punto 30.

⁴⁸ *Inter alia*, Corte giust. 21 dicembre 2011, C-27/09 P, *Francia/People's Mojahedin Organization of Iran*, punto 66; 18 luglio 2013, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Kadi*, punti 98 e 99.

⁴⁹ In tal senso, si v., tra le altre, Corte giust. 21 dicembre 2011, C-482/10, *Cicala*, punto 28.

⁵⁰ Corte giust. 18 dicembre 2008, C-349/07, *Sopropé*, punto 36; *M.*, sopra citata, punti 81 e 82; *Kamino International Logistics e Datema Hellmann Worldwide Logistics*, sopra citata, punto 28; *Mukarubega*, sopra citata, punto 45. Con specifico riferimento all'art. 41 della Carta, v. tra gli altri Corte giust. 8 maggio 2019, C-230/18, *PI*, punto 57; 24 novembre 2020, C-225/19 e C-226/19, *Minister van Buitenlandse Zaken*, punto 34; 22 settembre 2022, C-159/21, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság e a.*, punto 35.

punto di vista durante la procedura amministrativa che la riguarda⁵¹. Inoltre, la finalità di garantire tutela effettiva alla persona interessata implica che l'interessato deve vedersi assicurata la possibilità di far valere davanti all'amministrazione tutti gli «elementi relativi alla sua situazione personale tali da far sì che la decisione sia adottata o non sia adottata, ovvero *abbia un contenuto piuttosto che un altro*»⁵². A tale diritto corrisponde l'obbligo dell'amministrazione di prestare «*tutta l'attenzione necessaria* alle osservazioni della persona coinvolta *esaminando, in modo accurato e imparziale, tutti gli elementi rilevanti della fattispecie*»⁵³.

Ai fini della questione qui trattata, è altresì interessante rilevare che il rispetto del diritto di essere ascoltato si impone a prescindere da un espresso riconoscimento al riguardo nella normativa rilevante e anche laddove questa «non preveda espressamente siffatta formalità»⁵⁴.

A quest'ultimo riguardo, la Corte ha inoltre affrontato le ipotesi in cui le condizioni in presenza delle quali deve essere garantito il rispetto dei diritti della difesa e le conseguenze della violazione di tali diritti non sono disciplinate dal diritto UE. In relazione al primo aspetto, trovano applicazione il principio dell'autonomia procedurale, nel rispetto dei limiti posti dai principi di equivalenza ed effettività della tutela⁵⁵. Per quanto concerne invece le conseguenze derivanti dal mancato rispetto del diritto di essere ascoltato, la Corte di giustizia ha specificato che la violazione di questo diritto non è di per sé sufficiente a determinare l'annullamento del provvedimento adottato al termine del procedimento amministrativo *de qua*; questo annullamento

⁵¹ *Sopropé*, sopra citata, punto 37; *M.*, sopra citata, punto 87; *Mukarubega*, sopra citata, punto 46; *Boudjlida*, sopra citata, punto 36.

⁵² Corte giust. 21 novembre 1991, C-269/90, *Technische Universität München*, punto 14 (corsivo aggiunto); *Sopropé*, sopra citata, punto 49; *Mukarubega*, sopra citata, punto 47; *Boudjlida*, sopra citata, punto 37.

⁵³ *M.*, sopra citata, punto 88 (corsivo aggiunto); in senso analogo, *Technische Universität München*, sopra citata, punto 14; *Sopropé*, sopra citata, punto 50.

⁵⁴ Tra le altre, Corte giust. 10 settembre 2013, C-383/13 PPU, *G. e R.*, punto 32; in senso analogo, *Sopropé*, sopra citata, punto 38; *M.*, sopra citata, punto 86; *Mukarubega*, sopra citata, punto 49.

⁵⁵ Sentenza *Sopropé*, sopra citata, punto 38; qui la Corte ha specificato che tali aspetti «rientrano nella sfera del diritto nazionale purché, da un lato, siano dello stesso genere di quelli di cui beneficiano i singoli o le imprese in situazioni di diritto nazionale comparabili, e, dall'altro, non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti della difesa conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario»; successivamente, la Corte ha fatto espressamente riferimento al principio dell'autonomia procedurale e ai limiti che esso incontra nei principi di equivalenza ed effettività della tutela; v. *G. e R.*, sopra citata, punto 35; *Mukarubega*, sopra citata, punto 49 e *Boudjlida*, sopra citata, punto 41.

deve averosi «soltanto se, *in mancanza di tale irregolarità*, tale procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso»⁵⁶.

La giurisprudenza qui richiamata pare offrire alcuni spunti rilevanti in relazione alle violazioni delle garanzie procedurali consumatesi durante le procedure di accertamento. Dando applicazione ai principi elaborati al riguardo dalla Corte, si può infatti argomentare che si configura una violazione del diritto di essere ascoltato nell'ipotesi in cui, ad esempio, la persona non sia stata efficacemente e adeguatamente informata circa il diritto di presentare domanda di protezione o qualora gli accertamenti siano stati condotti con modalità tali da non consentire al cittadino di Paese terzo di fornire alle autorità accertanti un quadro sufficiente per consentire ad esse di escludere la presenza dei presupposti per l'applicazione della procedura di rimpatrio o, nel caso di presentazione della domanda di protezione, della procedura di frontiera. In applicazione del criterio sopra richiamato, nella misura in cui, in assenza di tali irregolarità, l'esito della procedura di accertamento sarebbe stato diverso, il suddetto esito deve considerarsi illegittimo ed essere pertanto annullato.

Per quanto concerne invece la *sede giurisdizionale* in cui far valere le violazioni delle garanzie procedurali verificatesi durante le procedure di accertamento, la soluzione sarà differente a seconda dell'esito dell'accertamento e della procedura che ad esso farà seguito. Nel caso di presentazione della domanda di protezione, la sede giurisdizionale in cui lamentare il mancato rispetto delle garanzie procedurali intercorse durante la procedura di accertamento è costituita dal ricorso esperibile avverso il diniego della domanda di protezione ai sensi dell'art. 67 del nuovo regolamento procedure. Qualora invece il cittadino di Paese terzo non abbia presentato domanda e sia stato indirizzato verso la procedura di rimpatrio, le suddette violazioni sono deducibili nell'ambito del ricorso avverso la decisione di rimpatrio di cui all'art. 13 della direttiva rimpatri.

In entrambe le ipotesi, nell'ambito del sopra richiamato ricorso si dedurrà che il mancato rispetto delle garanzie procedurali ha determinato una

⁵⁶ Corte giust. 14 febbraio 1990, C-301/87, *Francia/Commissione*, punto 31 ((corsivo aggiunto); 5 ottobre 2000, C-288/96, *Germania/Commissione*, punto 101; 1° ottobre 2009, C-141/08 P, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Consiglio*, punto 94; 6 settembre 2012, C-96/11 P, *Storck/UAMI*, punto 80; *G. e R.*, sopra citata, punto 38. Tale criterio è stato applicato con riferimento alla rilevanza della mancata consegna dell'opuscolo informativo nell'ambito di una procedura di ripresa in carico ai sensi del regolamento Dublino III, v. Corte giust. 30 novembre 2023, C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328/21, *Ministero dell'Interno* (Brochure commune – Refoulement indirect), punto 125.

violazione del diritto di essere ascoltato tale da rendere illegittimo il presupposto fondante, rispettivamente, l'applicabilità della procedura di esame della domanda alla frontiera o l'adozione della decisione di rimpatrio. In tal modo, l'ambito di applicazione del ricorso avverso il diniego della domanda di protezione o la decisione di rimpatrio sarà ampliato *integrandolo* alla luce del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, di cui all'art. 47 della Carta, al fine di garantire protezione al diritto di essere ascoltato nell'ambito della procedura di accertamento.

3. *Le garanzie procedurali durante la procedura di determinazione dello Stato membro competente*

Venendo ora alle procedure di trasferimento previste dal nuovo regolamento gestione, è stato autorevolmente osservato che, benché esso sia destinato ad abrogare il regolamento Dublino III, si tratta di una abrogazione meramente formale poiché immutata rimane la logica che caratterizza il nuovo strumento legislativo e che, in particolare, fonda la determinazione dello Stato membro competente sulla base di criteri oggettivi⁵⁷. Pertanto, in tutte le ipotesi in cui lo Stato dove si trova il richiedente ritiene di non essere competente a esaminare la domanda, anche nel nuovo regolamento gestione sono mantenute – e anzi ulteriormente semplificate e accelerate – le procedure di presa e ripresa in carico⁵⁸, cui fa seguito l'adozione di una decisione di trasferimento verso lo Stato competente.

Come è già stato messo in evidenza, il nuovo regolamento gestione si

⁵⁷ Cfr., tra gli altri, M. BORRACCETTI, *op. cit.*; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo*, cit.; ID., *La solidarietà flessibile e l'inflessibile centralità del sistema Dublino*, in DUDI, n. 1, 2021, p. 85 ss., spec. p. 86. Per un'analisi approfondita del nuovo regolamento gestione, cfr. *inter alia*, F. MAIANI, *Responsibility-determination under the new Asylum and Migration Management Regulation: plus ça change...*, in *eumigrationlawblog.eu*, 18 June 2024; P. DE PASQUALE, *Pensare al futuro, restando ancorati al passato: riflessioni sulla determinazione dello Stato competente alla luce del regolamento 2024/1351*, in questa *Rivista*, n. 4, 2024, p. 115 ss.; F. RONDINE, *La riforma del sistema Dublino nel Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, tra continuità e discontinuità col passato*, in DIC, n. 1, 2025, p. 1 ss.

⁵⁸ La procedura di presa in carico si applica nell'ipotesi in cui lo Stato membro in cui è registrata per la prima volta la domanda di protezione o, eventualmente, quello di ricollocazione ritenga, nell'ambito della procedura di determinazione dello Stato membro competente, che la competenza spetti ad un altro Stato membro (art. 39); la procedura di ripresa in carico riguarda invece il caso in cui la domanda sia in corso d'esame oppure già ritirata o respinta in uno Stato membro diverso da quello in cui si trova il richiedente (art. 41).

caratterizza per un ampliamento delle garanzie procedurali previste nei confronti dei richiedenti⁵⁹. Al riguardo, merita innanzitutto di essere richiamata l'introduzione del diritto all'orientamento legale gratuito, in tutte le fasi della procedura di determinazione dello Stato membro competente (art. 21). Inoltre, rispetto al regolamento Dublino III, si apprezza la previsione di maggiori garanzie in relazione al colloquio personale, benché sia mantenuta la facoltà di ometterlo qualora il richiedente sia fuggito, abbia già fornito informazioni «pertinenti» ai fini della determinazione della competenza e – ulteriore ipotesi introdotta dal nuovo regolamento – non abbia partecipato al colloquio senza fornire giustificazioni per la sua assenza (art. 22). Un significativo rafforzamento riguarda inoltre il diritto all'informazione, che viene ampliato nel contenuto (art. 19) e ulteriormente tutelato in termini di accessibilità (art. 20), e le garanzie a favore dei minori (art. 23).

Con riferimento alle garanzie procedurali, merita di essere richiamata la sentenza resa sul caso *AHY*, sebbene riferita al regolamento Dublino III. La Corte di giustizia ha esplicitamente statuito che le norme sulle garanzie procedurali definiscono delle «regole che lo Stato membro interessato è *tenuto* ad applicare» in forza del regolamento e, conseguentemente, conferiscono al richiedente «il *diritto* a che detto Stato rispetti i suoi obblighi in tal senso»⁶⁰. Il ragionamento svolto dalla Corte al riguardo pare assolutamente valevole anche per le garanzie procedurali previste dal nuovo regolamento gestione: esse continuano infatti a costituire l'oggetto di obblighi in capo agli Stati membri cui, pertanto, corrispondono diritti riconosciuti ai richiedenti dal diritto dell'Unione⁶¹.

3.1. *La tutela giurisdizionale avverso la decisione di trasferimento*

Il sopra richiamato ampliamento delle garanzie procedurali sembra tuttavia rappresentare un «gesto crudele»⁶² in considerazione del fatto che ad

⁵⁹ Per una analisi al riguardo, cfr. P. DE PASQUALE, *op. cit.*

⁶⁰ Corte giust. 18 aprile 2024, C-359/22, *AHY*, punto 41.

⁶¹ Si v. peraltro regolamento gestione, considerando n. 39: «Fornire informazioni e assistenza giuridica di buona qualità sulla procedura da seguire per determinare lo Stato membro competente nonché sui diritti e gli obblighi dei richiedenti nell'ambito di tale procedura è nell'interesse sia degli Stati membri sia dei richiedenti».

⁶² F. MAIANI, *op. cit.*: «Save for the grounds enumerated in Art. 43(1), transferees will be deprived of the right to a full judicial review of decisions that affect them profoundly [...] Seen in this light, the expansion of the so-called procedural “rights” of applicants in first-instance Dublin procedures seems like a cruel jest».

esso fa, invece, da contraltare una significativa riduzione dell'ambito del ricorso avverso la decisione di trasferimento⁶³. Questa contrazione emerge plasticamente dalle disposizioni del nuovo regolamento gestione relative al ricorso avverso la decisione di trasferimento la cui formulazione testuale esprime – quasi ossessivamente – la volontà del legislatore di *limitarne* la portata.

Rileva innanzitutto l'art. 43, specificatamente relativo ai mezzi di ricorso, in forza del quale «[l']ambito di applicazione di detto ricorso è *limitato* alla valutazione» delle circostanze relative *a)* alla presenza di un rischio effettivo di trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta connesso al trasferimento, *b)* alla violazione dei criteri di determinazione della competenza (esclusivamente) relativi ai familiari e ai minori e *c)* alla presenza di circostanze successive alla decisione di trasferimento determinanti per la corretta applicazione del regolamento. La volontà del legislatore di restringere l'ambito del ricorso emerge ulteriormente dal considerando n. 62, in cui il diritto del richiedente a un ricorso effettivo viene qualificato come funzionale ad assicurare tutela ai *soli* diritti alla vita privata e familiare, ai diritti del minore e alla protezione dai trattamenti inumani e degradanti a causa di un trasferimento⁶⁴. La circostanza che la portata dell'impugnativa avverso la decisione di trasferimento sia «*limitata*» conformemente a quanto prescritto dall'art. 43 è finanche oggetto dell'informativa da garantire al richiedente⁶⁵.

⁶³ Un ulteriore arretramento nella tutela dei richiedenti con riferimento al ricorso avverso la decisione di trasferimento è ravvisabile nel mancato riconoscimento dell'effetto sospensivo automatico di tale decisione in seguito alla proposizione del ricorso. Ai sensi dell'art. 43, par. 3, la sospensione dell'esecuzione della decisione di trasferimento nelle more del ricorso o della revisione della stessa è decisa in sede giurisdizionale in seguito a una richiesta dell'interessato da presentarsi, eventualmente contestualmente al ricorso, entro un termine ragionevole dalla notifica della decisione di trasferimento e comunque entro il termine previsto dal diritto nazionale per la presentazione del ricorso. In tal modo, è stata prevista quale regola generale quella che, nell'attuale regolamento Dublino III, costituisce una opzione che può essere introdotta dagli Stati membri, in alternativa alla previsione del diritto di rimanere sul territorio nelle more dell'esito del ricorso o al riconoscimento di effetto sospensivo automatico al ricorso per un periodo ragionevole entro il quale l'organo giurisdizionale deve eventualmente confermare la suddetta sospensione.

⁶⁴ Regolamento gestione, considerando n. 62: «Al fine di assicurare la protezione efficace dei diritti fondamentali dei richiedenti al rispetto della vita privata e familiare, dei diritti del minore e della protezione dai trattamenti inumani e degradanti a causa di un trasferimento, i richiedenti dovrebbero avere il diritto a un ricorso effettivo, *limitatamente* a tali diritti, ai sensi, in particolare, dell'articolo 47 della Carta e della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea» (corsivo aggiunto).

⁶⁵ Regolamento gestione, art. 19, par. 1, lett. *k*), corsivo aggiunto.

Nel nuovo regolamento l'ambito del ricorso risulta quindi completamente diverso, pressoché antitetico, rispetto a quello delineato dalla corrispondente disposizione del regolamento Dublino III (art. 27, par. 1)⁶⁶, la cui formulazione invece non pone(va), come statuito dalla Grande sezione della Corte di giustizia nella sentenza *Ghezelbash*, «alcun limite circa gli argomenti che il richiedente asilo [avrebbe potuto] dedurre nel contesto di tale ricorso»⁶⁷.

Si tratta di una sentenza meritevole di richiamo per essere stata la prima pronuncia in cui la Corte ha precisato la portata del ricorso introdotto dall'allora nuovo regolamento Dublino III e ha riconosciuto il diritto di far valere, nell'ambito di tale ricorso, l'errata applicazione dei criteri di competenza da esso previsti. La Grande sezione è giunta a questa conclusione facendo riferimento, oltre che alla formulazione della disposizione, all'evoluzione che ha caratterizzato il sistema di determinazione dello Stato membro competente in seguito all'entrata in vigore del regolamento Dublino III e all'abrogazione del precedente regolamento 343/2003⁶⁸ («regolamento Dublino II»). A questo riguardo, la Corte ha in primo luogo evidenziato che il regolamento Dublino III, pur mantenendo un approccio «interstatale» nella procedura di determinazione dello Stato membro competente, mira a «coinvolgere in tale procedura i richiedenti asilo, obbligando gli Stati membri a informarli dei criteri di competenza e a offrire loro l'opportunità di presentare le informazioni che consentano la corretta applicazione di tali criteri»⁶⁹. In secondo luogo, come emerge dal considerando 9 del regolamento Dublino III, quest'ultimo ha avuto l'obiettivo di apportare i necessari miglioramenti non solo al meccanismo Dublino, ma anche alla protezione assicurata ai richiedenti e garantita, in particolare, dal diritto alla tutela giurisdizionale ad essi riconosciuto dall'art. 27 del regolamento⁷⁰.

La sentenza *Ghezelbash* ha costituito il punto di partenza per l'elaborazione di una giurisprudenza in cui l'ambito del ricorso avverso la decisione di

⁶⁶ Regolamento Dublino III, art. 27, par. 1: «Il richiedente o altra persona di cui all'articolo 18, paragrafo 1, lettera c) o d), ha diritto a un ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento, o a una revisione della medesima, in fatto e in diritto, dinanzi a un organo giurisdizionale».

⁶⁷ Corte giust. 7 giugno 2016, C-63/15, *Ghezelbash*, punto 36.

⁶⁸ Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo.

⁶⁹ *Ghezelbash*, sopra citata, punto 51.

⁷⁰ *Ivi*, punto 52.

trasferimento è stato delineato in modo estremamente ampio. Nelle successive pronunce, infatti, la Corte, richiamando l'argomentazione delineata in *Ghezelbash*, è giunta a statuire che il suddetto ricorso può avere ad oggetto tanto il mancato rispetto delle *garanzie procedurali* da esso previste⁷¹, quanto le circostanze verificatesi successivamente all'adozione della decisione di trasferimento che siano rilevanti ai fini di una corretta applicazione del regolamento⁷².

Come emerge chiaramente dal contenuto dell'art. 43 del regolamento gestione, quest'ultima situazione potrà essere fatta valere in sede di ricorso nell'ambito del nuovo assetto normativo. Al contrario, l'art. 43 del regolamento gestione non contiene alcun riferimento circa la deducibilità della violazione delle garanzie procedurali determinando così una rilevante divergenza tra la nuova normativa e la giurisprudenza elaborata in vigore del regolamento Dublino III⁷³. Occorre evidenziare che, in tale giurisprudenza, la Corte non ha fondato il proprio ragionamento sull'art. 47 della Carta in quanto tale, ma piuttosto sulla formulazione dell'art. 27 del regolamento Dublino III – per quanto letto alla luce della Carta⁷⁴ e sugli obiettivi perseguiti dal legislatore. Trattandosi di aspetti che non trovano corrispondenza nella nuova normativa, la giurisprudenza *Ghezelbash* non può, quindi, ritenersi trasponibile *tout court* al nuovo regolamento gestione.

Se questa analisi è corretta, la circostanza che il mancato rispetto delle garanzie procedurali dei richiedenti non possa essere oggetto del ricorso avverso la decisione di trasferimento implica che l'art. 43 del nuovo regolamento gestione presenti dei profili di *contrasto* con il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta. Tale diritto impone infatti di assicurare un ricorso effettivo a chiunque invochi la violazione di un diritto garantito dal diritto dell'Unione e, come sopra richiamato, la Corte di giustizia ha riconosciuto che le garanzie procedurali devono qualificarsi come diritti dei richiedenti.

⁷¹ Corte giust. 7 giugno 2016, C-155/15, *Karim*; v. anche 27 luglio 2017, C-670/16, *Mengesteab*.

⁷² Corte giust. 25 ottobre 2017, C-201/16, *Shiri*; 21 aprile 2021, C-194/19, *Stato belga* (Éléments postérieurs à la décision de transfert).

⁷³ In senso particolarmente critico al riguardo, cfr. S. MARINAI, *Obblighi informativi e fiducia reciproca tra Stati membri nei trasferimenti Dublino: tra aperture e punti fermi fissati dalla Corte di giustizia all'alba dell'accordo sul nuovo patto*, in *DIC*, n. 1, 2024, p. 1 ss., spec. p. 29; F. RONDINE, *La riforma del sistema Dublino*, cit., p. 23; una continuità tra l'ambito del ricorso assicurato dall'art. 43 e la giurisprudenza della Corte sembra invece essere, paradossalmente, richiamata dal considerando n. 62 del regolamento.

⁷⁴ Al riguardo, cfr. M. DEN HEIJER, *Remedies in the Dublin Regulation: Ghezelbash and Karim*, in *CMLR*, n. 3, 2017, p. 859 ss., spec. p. 866; M. RENEMAN, *op. cit.*, pp. 150-151.

Occorre quindi interrogarsi sulle possibili modalità di risoluzione di questo contrasto. La risposta a tale interrogativo non può prescindere dalla considerazione che, secondo un «principio ermeneutico generale», qualora la formulazione di un atto di diritto derivato consenta una pluralità di interpretazioni, è necessario privilegiare quella conforme al diritto primario e, in particolare alle disposizioni della Carta, piuttosto che l'interpretazione che, ravvisando una incompatibilità con le norme di rango superiore, conduca a pronunciare l'invalidità del diritto derivato. Si tratta del c.d. principio di conservazione degli atti dell'Unione, in forza del quale la pronuncia di invalidità dell'atto o della disposizione di diritto derivato deve configurarsi come *extrema ratio*⁷⁵.

Fermo restando tale principio, il superamento della contrarietà tra l'art. 43 del nuovo regolamento e l'art. 47 della Carta richiede di distinguere due diverse ipotesi. La prima attiene alla situazione in cui la violazione delle garanzie procedurali abbia *determinato* l'erronea applicazione dei criteri relativi ai familiari o ai minori o non abbia consentito al richiedente di denunciare che il trasferimento verso lo Stato membro competente lo esporrebbe al rischio di trattamento inumano o degradante. Poiché tali motivi possono essere fatti valere nell'ambito del ricorso avverso la decisione di trasferimento conformemente a quanto previsto dall'art. 43, la violazione delle garanzie procedurali può ritenersi, del pari, deducibile in questa sede. Analogamente, il mancato rispetto di tali garanzie può trovare indiretta tutela laddove sia dimostrabile che la violazione ha impedito al richiedente di lamentare una circostanza che risulta invece determinante ai fini della corretta applicazione del regolamento: in quanto circostanza sopravvenuta, essa potrà essere fatta valere in sede di ricorso⁷⁶.

Una seconda ipotesi su cui occorre interrogarsi riguarda quelle situazioni in cui la garanzia procedurale violata rilevi, invece, *di per sé* e la suddetta

⁷⁵ Si v. tra gli altri, Corte giust. 14 maggio 2019, C-391/16, C-77/17 e C-78/17, *M*, punto 77: «occorre ricordare che, secondo un principio ermeneutico generale, un atto dell'Unione dev'essere interpretato, nei limiti del possibile, in modo da non inficiare la sua validità e in conformità con il diritto primario nel suo complesso e, in particolare, con le disposizioni della Carta [...] Pertanto, quando un testo del diritto derivato dell'Unione ammette più di un'interpretazione, si deve dare la preferenza a quella che rende la disposizione conforme al diritto primario rispetto a quella che porti a constatarne l'incompatibilità con lo stesso»; da ultimo, si v. anche 3 giugno 2025, C-460/23, *Kinsa*, punto 37; in dottrina, F. BESTAGNO, *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *DUDI*, n. 2, 2015, p. 259 ss., spec. p. 274 ss.

⁷⁶ Si pensi a titolo meramente esemplificativo al mancato svolgimento del colloquio in assenza dei presupposti che ne consentono l'omissione.

violazione non si ripercuota su uno degli elementi che, ai sensi dell'art. 43, rientrano nell'ambito del ricorso. Si pensi, ad esempio, a una generica violazione del diritto all'orientamento legale o al mancato rispetto dei requisiti che assicurano l'accessibilità all'informativa (che, tra l'altro, deve riguardare l'esistenza del ricorso e del diritto del richiedente di chiedere all'organo giurisdizionale adito la sospensione della decisione di trasferimento nelle more del ricorso). Si tratta di uno scenario estremamente più problematico rispetto al primo in ragione del fatto che i limiti testuali posti dalla formulazione, particolarmente restrittiva, dell'art. 43 del regolamento gestione potrebbero indurre a ritenere non praticabile il principio di conservazione degli atti e a ravvisare, invece, la necessità di una pronuncia di invalidità della disposizione. Tuttavia, come si cercherà ora di evidenziare, anche in questa situazione, si può prefigurare un'interpretazione dell'art. 43 *conforme* all'art. 47 della Carta e tale da permetterne la conservazione.

Al riguardo merita di essere richiamato che, nonostante la giurisprudenza *Ghezelbash* non sia *tout court* trasponibile al nuovo regolamento gestione, quanto in essa statuito circa il "coinvolgimento" dei richiedenti nella procedura di determinazione dello Stato membro competente a esaminare la domanda, attraverso le garanzie procedurali previste, deve ritenersi valevole anche nel contesto del nuovo regolamento. Da esso emerge, infatti, che le suddette garanzie sono funzionali alla procedura di determinazione dello Stato membro competente⁷⁷, la quale si realizza anche attraverso una diretta partecipazione del richiedente. D'altra parte, le richiamate garanzie sono qualificate come *diritti* dei richiedenti rispetto ai quali si impone, in piena continuità con quanto statuito nella sentenza *AHY*, di assicurare tutela giurisdizionale effettiva.

Preme al riguardo rimarcare che la formulazione letterale dell'art. 43 non può considerarsi un fattore di per sé preclusivo per una definizione più ampia della portata del ricorso rispetto a quella delineata dalla previsione letterale della disposizione di diritto derivato. Non sono infatti mancate occasioni in cui, in presenza di una disposizione di diritto derivato che limitas-

⁷⁷ Regolamento gestione, considerando nn. 38, 39, 60 e 61.

se testualmente il diritto al ricorso sotto il profilo soggettivo⁷⁸ o oggettivo⁷⁹, la Corte di giustizia è giunta a superare la formulazione letterale, interpretando la disposizione alla luce del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta. In particolare, come specificato dalla Corte, la circostanza che la disposizione di diritto derivato circoscriva testualmente il diritto al ricorso *unicamente* a una determinata situazione, non consente di escludere che il suddetto diritto debba invece essere assicurato anche in relazione *ad altre ipotesi* in cui il singolo invoca un diritto riconosciuto da quel medesimo atto⁸⁰.

L'ampliamento della portata del ricorso non risulta peraltro contraria all'obiettivo di rendere «più efficace il diritto al ricorso giurisdizionale»⁸¹,

⁷⁸ Rilevante al riguardo Corte giust. 1° settembre 2022, C-19/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*; in tale occasione, superando la formulazione letterale dell'art. 27 del regolamento Dublino III che limita l'oggetto del ricorso alla sola decisione di trasferimento, la Corte ha riconosciuto il diritto di impugnare una decisione di rifiuto di presa in carico adottata nei confronti di un minore non accompagnato; tale conclusione è stata basata sul diritto che l'art. 8, par. 2, del regolamento Dublino III riconosce al minore affinché questi si ricongiunga con un parente ai fini dell'esame della domanda.

⁷⁹ Paradigmatica al riguardo Corte giust. 27 febbraio 2025, C-753/23, *Krasiliva*; in tale occasione, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull'art. 8, par. 1, della direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, in forza del quale «Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché le persone che godono della protezione temporanea dispongano di titoli di soggiorno durante l'intero periodo della stessa». La Corte ha statuito che tale disposizione, letta alla luce dell'art. 47 della Carta, impone di riconoscere a un beneficiario di protezione temporanea il diritto al ricorso effettivo avverso la decisione di respingere una domanda di rilascio di un titolo di soggiorno. Il dato interessante è che l'art. 29 della direttiva riconosce espressamente il diritto al ricorso *unicamente* a favore delle persone escluse dalla protezione temporanea o dal ricongiungimento familiare in uno Stato membro e che la Corte abbia ritenuto irrilevante tale circostanza. In particolare, evidenziando la natura direttamente invocabile del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta e richiamando che il diritto delle persone beneficiarie di protezione temporanea di disporre di un titolo di soggiorno e ottenere documenti giustificativi a tal riguardo «costituisce un diritto garantito dall'ordinamento giuridico dell'Unione» (punto 36), la Corte ha ritenuto che dalla previsione di cui all'art. 29 sul diritto al ricorso delle persone escluse dalla protezione temporanea o dal ricongiungimento familiare «non si può dedurre *a contrario* [...] che solo tali persone debbano avere accesso a siffatti mezzi di ricorso» (punto 39).

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta

perseguito dall'art. 43 del nuovo regolamento nell'ottica di assicurare una celere ed efficace determinazione della competenza. Come statuito dalla Corte di giustizia in riferimento al regolamento Dublino II, infatti, la tutela giurisdizionale non può considerarsi sacrificata e sacrificabile in ragione delle esigenze di celerità delle domande⁸².

In conclusione, l'interpretazione proposta, pur superando il dato testuale della disposizione, non può ritenersi in contrasto con gli obiettivi generali del regolamento e rispecchia l'approccio, basato su un coinvolgimento dei richiedenti nella procedura di determinazione della competenza, che caratterizza il nuovo regolamento in continuità con il regolamento Dublino III.

4. *La tutela giurisdizionale effettiva nel “rinnovato” diritto di asilo europeo: quo vadis?*

«Le norme comuni sono essenziali ma da sole non bastano»: così si affermava nella comunicazione sul nuovo patto sulla migrazione e l'asilo⁸³. Tale espressione si riferiva alla necessità di promuovere l'interdipendenza degli Stati membri in fase di attuazione del nuovo patto; tuttavia, se letta a posteriori, questa frase sembra contenere una previsione negativa circa le molteplici incertezze interpretative poste da alcuni dei nuovi strumenti legislativi.

La presenza delle richiamate incertezze è certamente esecrabile *di per sé* e lascia presagire, innanzitutto, un significativo aumento del contenzioso davanti non solo ai giudici nazionali, ma anche alla Corte di giustizia, sollecitata da questi ultimi – e in dialogo con essi – ad assicurare una interpretazione e applicazione uniforme del diritto dell'Unione che, a fronte delle suddette ambiguità e incertezze lasciate aperte della normativa, rischiano di essere fortemente compromesse – peraltro, a discapito del più generale obiettivo di armonizzazione del sistema europeo comune di asilo perseguito dal nuovo patto.

La circostanza che tali incertezze interpretative riguardino il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva è poi *particolarmente criticabile* in considerazione del fatto che questo diritto costituisce una caratteristica «intrinseca

di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione], COM (2020) 610final, del 23 settembre 2020, punto 3.4. Al riguardo, cfr. S. MARINAI, *op. cit.*, p. 29.

⁸² Corte giust. 29 gennaio 2009, C-19/08, *Petrosian*, punto 48.

⁸³ COM (2020) 609final, cit.

ad uno Stato di diritto»⁸⁴, valore su cui si fonda l'Unione (art. 2 TUE), la cui tutela non dovrebbe andare incontro ad alcuna regressione non solo da parte degli Stati membri⁸⁵, ma neppure ad opera delle istituzioni dell'Unione le quali, peraltro, dovrebbero – perlomeno – farsi promotrici dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta⁸⁶.

Nell'analisi qui svolta, pur estremamente limitata, si è cercato, da un lato, di evidenziare le problematiche interpretative poste, con riguardo al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, dalla nuova normativa derivata e, dall'altro, di mettere in luce che esse possono essere risolte – pur non senza difficoltà – proprio grazie alle *potenzialità* offerte al riguardo dall'art. 47 della Carta.

In relazione al ricorso avverso la decisione di trasferimento, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva consente di ampliare la portata del ricorso ricomprendendo anche le violazioni delle garanzie procedurali, non solo in via indiretta laddove esse si ripercuotano sui motivi la cui deducibilità in sede di ricorso è espressamente prevista dall'art. 43, ma anche qualora le anzidette violazioni rilevino di per sé.

Nel caso delle procedure di accertamento, invece, il relativo regolamento non prevede uno strumento di ricorso e il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva impone di estendere l'ambito del ricorso assicurato, invece, a valle della procedura, avverso la decisione di diniego della domanda di protezione o la decisione di rimpatrio. Sotto un altro profilo, anche laddove le garanzie procedurali previste dal regolamento accertamenti non siano qualificabili come diritti dei cittadini di Paesi terzi, tali da far scattare il principio del *ubi ius ibi remedium*, l'effettività di queste garanzie può essere assicurata tramite il diritto di essere ascoltato.

Pur con declinazioni differenti, entrambe le operazioni ermeneutiche qui prospettate trovano fondamento nell'art. 47 della Carta e costituiscono

⁸⁴ Si v. per tutti Corte giust. 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, punto 36.

⁸⁵ Corte giust. 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblika*, punto 63; 18 maggio 2021, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»*, punto 162.

⁸⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, COM (2020) 711final, del 2 dicembre 2020, punto 3.2; sul punto cfr. N. LAZZERINI, *Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel law-making europeo: codificazione e innovazione nella determinazione del livello di tutela*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Ferrara, 6-8 giugno 2018, Napoli, p. 507 ss.

espressione di quella funzione integrativa additiva che, come richiamato in apertura, esso svolge rispetto alle disposizioni di diritto derivato relative agli strumenti di ricorso, concorrendo a definirne e arricchirne i contenuti, anche oltre la previsione letterale. È quindi prevedibile – e auspicabile – che, a fronte delle plurime criticità qui rilevate, la suddetta funzione integratrice dell'art. 47 della Carta trovi nelle procedure qui esaminate un terreno elettivo di applicazione.

Abstract (ita)

Il contributo mira ad esaminare la funzione integratrice del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, garantito dall'art. 47 della Carta, quale strumento che consente di integrare il contenuto delle norme di diritto derivato che prevedono uno specifico mezzo di ricorso, definendone compiutamente la portata, le modalità e il contenuto. Questa funzione dell'art. 47 della Carta è particolarmente significativa laddove la disposizione di diritto derivato relativa al ricorso non risulti, perlomeno *prima facie*, pienamente compatibile il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Tale funzione dell'art. 47 della Carta è messa in luce esaminando due procedure previste dal nuovo patto sulla migrazione e l'asilo. In primo luogo, le procedure di accertamento cui, in forza del nuovo regolamento accertamenti, dovranno essere sottoposti tutti i cittadini di Paesi terzi che, senza avere i requisiti per un ingresso regolare, attraversino una frontiera esterna e nell'ambito delle quali non è previsto alcuno strumento di ricorso. In secondo luogo, si esaminano le procedure di trasferimento dei richiedenti protezione internazionale verso lo Stato membro competente ad esaminarne la domanda, disciplinate dal nuovo regolamento sulla gestione dell'asilo e la migrazione, che definisce la portata del ricorso avverso la decisione di trasferimento in modo estremamente restrittivo.

Abstract (eng)

The paper aims to examine the integrating function of the right to the effective judicial protection, as enshrined in Article 47 of the Charter, as a means of defining the content of secondary law provisions providing for a remedy. This function of Article 47 is particularly relevant where the secondary law provision on remedies does not appear, at least *prima facie*, to be fully compatible with the right to effective judicial protection. This function of Article 47 of the Charter is analysed by examining two procedures provided for in the new Pact on Migration and Asylum. First, the screening procedures of third country nationals at the external borders provided for by the new Screening Regulation. Secondly, transfer procedures of applicants for international protection to the Member State responsible for examining their application in compliance with the new Asylum and Migration Management Regulation.

LE NUOVE PROCEDURE “COMBIMATE” DI ASILO E DI RIMPATRIO ALLA FRONTIERA: QUALE INCIDENZA SUI DIRITTI RICONOSCIUTI DALLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL’UE?

Rossana Palladino*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La procedura di asilo alla frontiera: condizioni di applicazione. – 2.1. L’obbligo di trattenere i richiedenti protezione internazionale alle frontiere. – 2.2. “Contenuto” della procedura di asilo alla frontiera e rischio di compressione del principio di non respingimento. – 3. *Consecutio* con la procedura di rimpatrio alla frontiera: ambito di applicazione. – 3.1. Verso forme automatiche di trattenimento. – 3.2. La restrizione della partenza volontaria. – 4. Il detrimento delle garanzie procedurali. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

L’istituzione di «una procedura di frontiera fluida, applicabile a tutti i cittadini di paesi terzi che attraversano senza autorizzazione, comprendente accertamenti preliminari all’ingresso, una procedura di asilo e, se del caso, una procedura di rimpatrio rapido, combinando in tal modo processi attualmente distinti» è una delle misure chiave che la Commissione europea ha individuato nel “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo” del 2020 nell’ottica di contribuire a una più efficace gestione dei flussi misti di rifugiati e di migranti¹.

Tale proposta si è tradotta nella introduzione di una procedura di frontiera che – fondata sul presupposto della non autorizzazione all’ingresso nel territorio di uno Stato membro che accomuna qualunque cittadino di paese terzo, inclusi i richiedenti protezione internazionale – risulta disciplinata e articolata all’interno di differenti strumenti giuridici adottati il 14 maggio 2024: il “regolamento *screening*”², *in primis*, che disciplina gli accertamenti

* Professoressa associata di diritto dell’Unione europea presso l’Università degli Studi di Salerno. Il presente scritto riflette la relazione presentata nell’ambito del seminario annuale del Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo di AISDUE, “Patto immigrazione e asilo: dalle nuove regole alla sfida dell’attuazione”, svoltosi presso l’Università di Verona in data 6 dicembre 2024.

¹ Comunicazione della Commissione, del 23 settembre 2020, Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo, COM (2020) 609final, p. 4.

² Regolamento (UE) 2024/1356 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 mag-

alla frontiera con l'obiettivo di identificare e indirizzare i cittadini di paesi terzi³ verso la procedura adeguata a seconda delle circostanze, vale a dire la procedura di protezione internazionale, la procedura di rimpatrio oppure la procedura di ricollocazione ai sensi dell'art. 67 del regolamento (UE) 2024/1351.

Per consentire una valutazione "rapida" alla frontiera esterna circa l'infondatezza e l'inammissibilità della domanda di protezione internazionale, due ulteriori segmenti della procedura di frontiera sono disciplinati dal "regolamento procedure"⁴, attraverso la previsione di una procedura "speciale" di asilo alla frontiera, e dal regolamento 2024/1349⁵ che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera, che trova applicazione nei confronti di coloro ai quali è stata respinta la domanda di protezione internazionale nell'ambito della procedura di asilo alla frontiera.

Su questi due ultimi "segmenti" si concentrano le riflessioni che seguono, finalizzate ad analizzare la disciplina introdotta dai due nuovi regolamenti da ultimo citati che istituiscono «una concatenazione senza soluzione

gio 2024, che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817.

³ «Non autorizzato a entrare nel territorio dello Stato membro» durante gli accertamenti, come precisa l'art. 6 del regolamento. Sulla c.d. "*fictio* di non ingresso", ricollegabile all'assenza, sia nel diritto internazionale sia nel diritto dell'UE, di un obbligo in capo agli Stati di ammettere gli stranieri sul proprio territorio, v. J. P. CASSARINO, L. MARIN, *The Pact on Migration and Asylum: Turning the European Territory into a Non-Territory*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2022, p. 1 ss.; F. RONDINE, *The Fiction of Non-entry in European Migration Law. Its Implications on The Rights of Asylum Seekers and Irregular Migrants at European Borders*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 3, 2024, p. 291 ss.; A. ORAV, N. BARLAOURA, *Legal Fiction of Non-Entry in EU Asylum Policy*, European Parliament Research Service, March 2024, reperibile *online*. Sul regolamento *screening*, v. F. RONDINE, *Il regolamento sugli accertamenti pre-ingresso: irregolarizzare i richiedenti protezione normalizzando procedure "di crisi" alle frontiere esterne dell'Unione*, in questa *Rivista*, 2024, p. 83 ss., reperibile *online*.

⁴ Regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE. Ai sensi dell'art. 79, il regolamento si applicherà a decorrere dal 12 giugno 2026.

⁵ Regolamento (UE) 2024/1349 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera e che modifica il regolamento (UE) 2021/1148, che sarà applicabile a decorrere dal 12 giugno 2026, come stabilisce l'art. 14, par. 2.

di continuità»⁶ tra la fase di trattamento delle domande di asilo e la fase del rimpatrio, nonché a evidenziare i tratti caratteristici di tali procedure “combinata” alla frontiera e, infine, a considerare in quale misura esse possono incidere sui diritti e le garanzie procedurali dei migranti che trovano riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

2. *La procedura di asilo alla frontiera: condizioni di applicazione*

Attraverso la formalizzazione normativa del cosiddetto “approccio *hotspot*”⁷, il nuovo regolamento procedure ridefinisce i contorni della procedura di frontiera, ampliandone significativamente l’ambito di applicazione rispetto alla disciplina attualmente vigente contenuta nella direttiva procedure⁸. In primo luogo, la nuova disciplina non limita l’applicazione della procedura ai soli casi in cui la domanda di protezione internazionale sia presentata presso un valico di frontiera esterna o in una zona di transito, estendendone la portata a ulteriori ipotesi, così incidendo profondamente sul quadro normativo di riferimento.

L’art. 43 del regolamento 2024/1348 dispone, infatti, che la procedura di frontiera si applichi anche in circostanze ulteriori rispetto alla mera presentazione della domanda in un’area di transito, includendo le ipotesi di: “rintraccio” del richiedente in connessione con l’attraversamento irregolare della frontiera esterna; sbarco nel territorio di uno Stato membro a seguito di un’operazione di ricerca e soccorso; ricollocazione del richiedente ai sensi dell’art. 67, par. 11, del regolamento (UE) 2024/1351.

In tali situazioni, l’apertura della procedura di frontiera determina l’applicazione di un regime di “non autorizzazione” all’ingresso nel territorio

⁶ Cfr. considerando n. 57 del regolamento procedure.

⁷ Che, come noto, trova la sua origine nell’Agenda europea sulla migrazione del 2015 (comunicazione della Commissione, del 13 maggio 2015, Agenda europea sulla migrazione, COM (2015) 240final), in cui gli *hotspot* sono stati individuati come strumento per il controllo delle frontiere e dei flussi migratori. In argomento ci si limita a richiamare G. MORGESE, *Recenti iniziative dell’Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in DIC, nn. 3-4, 2015, p. 15 ss.; F. CASOLARI, *The EU’s Hotspot Approach to Managing the Migration Crisis: A Blind Spot for International Responsibility?*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2016, p. 109 ss.

⁸ 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 (rifusione).

dello Stato membro, come esplicitato dal par. 2 del medesimo art. 43⁹.

Sebbene l'attivazione della procedura di frontiera rientri, in prima istanza, nella discrezionalità degli Stati membri, essa necessita di essere correlata all'obbligo – sancito dal regolamento *de quo* (artt. 46-50) – di istituire 30.000 posti per il trattamento delle frontiere a livello dell'Unione europea¹⁰, tale da indurre gli Stati membri a un ricorso sistematico e strutturato alla procedura di frontiera¹¹.

Ad ogni buon conto, trasforma espressamente la facoltà di applicare la procedura di frontiera in un obbligo l'art. 45 del nuovo regolamento procedure, laddove siano integrate specifiche condizioni che richiamano la procedura accelerata disciplinata dall'art. 42 del regolamento stesso¹². In particolare, tale obbligo si configura in tre ipotesi: *a*) allorquando il richiedente protezione internazionale, dopo aver avuto la piena opportunità di dimostrare un valido motivo, abbia intenzionalmente indotto in errore le autorità presentando informazioni o documenti falsi od omettendo informazioni pertinenti o documenti, in particolare relativi alla sua identità o alla sua

⁹ È il 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 a definire come «zona di frontiera» «la zona che si estende per non più di 30 chilometri oltre la frontiera» (art. 3, par. 1, punto 2). La giurisprudenza della Corte di giustizia ha adottato una interpretazione restrittiva del concetto spaziale di frontiera, evidenziando – con riferimento alla possibilità degli Stati membri di ricorrere a procedure semplificate in ragione della deroga prevista all'art. 2, par. 2, lett. *a*), della direttiva 2008/115 – la sussistenza di «uno stretto legame temporale e spaziale con tale attraversamento della frontiera» e la connessione con il «momento stesso dell'irregolare attraversamento della frontiera esterna o, successivamente all'attraversamento, in prossimità della frontiera stessa», così Corte giust. 7 giugno 2016, C-47/15, *Affum*, punto 72; 19 marzo 2019, C-444/17, *Arib e a.*, punto 46.

¹⁰ L'art. 46 stabilisce la «capacità adeguata» (ossia, la capacità richiesta in un dato momento per espletare la procedura di asilo alla frontiera e la procedura di rimpatrio alla frontiera stabilita a norma del regolamento (UE) 2024/1349 o, se del caso, una procedura equivalente di rimpatrio alla frontiera stabilita a norma del diritto nazionale) come pari a 30.000.

¹¹ È stata in proposito adottata la decisione di esecuzione (UE) 2024/2150 della Commissione, del 5 agosto 2024, recante modalità di applicazione del regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda la capacità adeguata degli Stati membri e il numero massimo di domande che uno Stato membro è tenuto a esaminare con procedura di frontiera ogni anno.

¹² In fase di negoziato, l'accordo sulle condizioni di applicazione della procedura di frontiera e sull'obbligo di attivazione ha rappresentato un «elemento chiave di un compromesso globale sull'intero pacchetto di proposte», così come si evince dalla proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, del 23 settembre 2020, COM (2020) 611final, p. 4.

cittadinanza, che avrebbero potuto influenzare la decisione negativamente, o sussistono evidenti motivi per ritenere che il richiedente abbia distrutto o comunque fatto sparire in malafede un documento d'identità o di viaggio per evitare l'accertamento della sua identità o cittadinanza (art. 42, par. 1, lett. c); b) ove sussistano fondati motivi per considerare che il richiedente sia un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico degli Stati membri oppure che il richiedente sia stato espulso con efficacia esecutiva per gravi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico a norma del diritto nazionale (art. 42, par. 1, lett. f)); c) il richiedente ha una cittadinanza o, se apolide, una precedente dimora abituale in un paese terzo per il quale la percentuale di decisioni di riconoscimento della protezione internazionale da parte dell'autorità accertante è, stando agli ultimi dati medi annuali Eurostat disponibili per tutta l'Unione, pari o inferiore al 20%, tranne se l'autorità accertante valuti che la situazione nel paese terzo ha registrato un cambiamento significativo dalla pubblicazione dei pertinenti dati Eurostat ovvero che il richiedente appartiene a una categoria di persone le cui esigenze di protezione impediscono di considerare rappresentativa una percentuale di riconoscimento pari o inferiore al 20%, tenendo conto, tra l'altro, delle differenze significative tra decisioni di primo grado e decisioni definitive (art. 42, par. 1, lett. j)).

L'insieme di queste previsioni incide in maniera significativa sulla disciplina della procedura di frontiera, determinando un passaggio da una logica essenzialmente discrezionale a una strutturalmente vincolante in presenza di determinate condizioni di tipo “oggettivo” che determinano alcune criticità anche nella valutazione nel merito della domanda di protezione internazionale¹³.

2.1. L'obbligo di trattenere i richiedenti protezione internazionale alle frontiere

L'attivazione della procedura di asilo alla frontiera è connotata dalla fissazione normativa di un obbligo di compressione della libertà di movimento di coloro che vi sono coinvolti. L'art. 54 del nuovo regolamento procedure impone, infatti, agli Stati membri di far soggiornare i richiedenti protezione internazionale alla frontiera esterna oppure in prossimità della stessa o in una zona di transito; eventualmente tale limitazione della libertà può avvenire anche in altri luoghi designati sul territorio.

¹³ *Infra*, al par. 2.2.

Tale imposizione trova ancoraggio nell'art. 9 della nuova "direttiva accoglienza"¹⁴, a cui è fatto rinvio, laddove l'unica disposizione specifica contenuta nel regolamento procedure è quella relativa alle famiglie con minori (art. 54, par. 2) per le quali sono prescritte «strutture di accoglienza adeguate alle loro esigenze dopo aver valutato l'interesse superiore del minore e assicurano un tenore di vita adeguato allo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale del minore, nel pieno rispetto dei requisiti di cui al capo IV della direttiva (UE) 2024/1346». In proposito, se la Commissione ha motivi per ritenere che uno Stato membro non rispetti i requisiti di cui all'art. 54, par. 2, raccomanda senza ritardo la sospensione dell'applicazione della procedura di frontiera alle famiglie con minori (a norma dell'art. 53, par. 2, lett. b), rendendo pubblica tale raccomandazione, ai sensi dell'art. 45, par. 4 del regolamento procedure.

Il soggiorno alle frontiere è strettamente connesso a quella "*fictio* di non ingresso", alla quale già si è fatto cenno, che comporta che, nonostante la presenza fisica sul territorio dello Stato membro, i richiedenti protezione internazionale non siano formalmente autorizzati all'ingresso, attraverso una costruzione giuridica che tende, tuttavia, a rendere maggiormente "giustificabile" anche la privazione della libertà personale sotto il profilo dell'art. 5, par. 1, lett. f) della CEDU¹⁵.

È certamente da tenere presente che, a differenza dello *standard* con-

¹⁴ Direttiva (UE) 2024/1346 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifiuzione), che determina l'abrogazione della direttiva 2013/33/UE a decorrere dal 12 giugno 2026.

¹⁵ Si vuole fare riferimento, in particolare, a Corte EDU 29 gennaio 2008, ric. n. 13229/03, *Saadi/Regno Unito*, ove la Grande Camera ha espressamente rigettato l'idea che, non appena un richiedente asilo si presenti da sé presso le autorità nazionali dell'immigrazione, si configuri un tentativo di ingresso "regolare" tale da non giustificare la detenzione ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. f). Una diversa interpretazione della prima parte dell'art. 5, par. 1, lett. f) – nel senso, dunque, che autorizzerebbe soltanto la detenzione di un individuo di cui sia accertato il tentativo di sottrarsi alle restrizioni all'ingresso – «significherebbe dare un significato troppo ristretto ai termini della disposizione ed al potere dello Stato di esercitare il suo innegabile diritto di controllo» (punto 64). La Corte di Strasburgo ha tradizionalmente rigettato il principio secondo cui il ricorso a misure privative della libertà personale imponga l'obbligo di effettuare un test di necessità volto a suffragare la detenzione sulla base di ragioni che ne giustifichino il ricorso. Al contrario, essa è legittimata unicamente sulla base dello *status* di soggetto "non autorizzato" che viene ad accomunare i migranti irregolari e i richiedenti protezione internazionale che sono in attesa di un'autorizzazione. *Funditus*, sia consentito rinviare a R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti: regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, 2018, specie cap. V.

venzionale, nel contesto normativo dell’UE sarebbe sempre necessario che gli Stati membri individuino dei «motivi specifici» per i quali ricorrere al trattenimento e che vengano prese in considerazione «efficaci misure alternative», nonché siano rispettati i principi di necessità e di proporzionalità¹⁶.

Ad ogni buon conto nella pratica, le restrizioni alla libertà personale potranno, quanto a “gradazione”, ben venire a confondersi con misure di vera e propria privazione della libertà personale, in ragione del perseguimento dell’obiettivo ultimo sotteso all’obbligo fissato nell’art. 54 del regolamento procedure, individuabile nel “tenere” i richiedenti protezione internazionale fermi alle frontiere e evitare movimenti non autorizzati.

D’altro canto, la possibilità di ricorrere al trattenimento è fatta formalmente salva ai sensi dell’art. 10 della nuova direttiva accoglienza alla quale il regolamento procedure esplicitamente rinvia. Una possibilità che, dalla lettura combinata con la medesima direttiva accoglienza viene a configurarsi come altamente probabile se consideriamo che in quest’ultimo testo normativo è esplicitato un inedito¹⁷ motivo di trattenimento, consistente nel «l’essere sottoposto a procedura di asilo alla frontiera»¹⁸, previsione che apre la strada a privazioni di *default* della libertà personale dei richiedenti protezione internazionale.

Inoltre, va pure osservato che, in quanto non individuato nessun limite temporale, il trattenimento potrebbe essere perpetrato anche per 12 settimane consecutive, coincidenti con la durata massima entro cui la procedura di frontiera deve chiudersi (ai sensi dell’art. 51 del regolamento procedure)¹⁹,

¹⁶ Come avvalorato anche dalla Corte di giustizia; cfr., in particolare, 14 maggio 2020, C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, punto 258.

¹⁷ In raffronto al testo attuale della direttiva accoglienza (art. 8, par. 3, comma 1, della direttiva 2013/33).

¹⁸ Ai sensi dell’art. 10, par. 4, lett. d), della nuova direttiva accoglienza un richiedente protezione internazionale può essere trattenuto «per decidere, nel contesto di una procedura di frontiera in conformità dell’articolo 43 del regolamento (UE) 2024/1348, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio».

¹⁹ Termine che appare eccessivamente lungo anche se posto a raffronto con il periodo massimo di trattenimento (90 giorni) consentito nei confronti dei cittadini di paesi terzi trattenuti per motivi di rimpatrio, ai sensi della direttiva rimpatri. La procedura di frontiera dovrebbe comunque essere il «più possibile breve, senza tuttavia pregiudicare la completezza e l’equità dell’esame della domanda»; la durata massima della procedura di frontiera, di 12 settimane, decorre dalla data di registrazione della domanda fino a quando il richiedente non ha più diritto di rimanere né è autorizzato a rimanere. Al termine di tale periodo il richiedente è autorizzato a entrare nel territorio dello Stato membro, salvo i casi in cui trovi applicazione la procedura di rimpatrio alla frontiera.

periodo temporale decisamente ampio e suscettibile di determinare un'incidenza "sproporzionata" sul diritto alla libertà sancito dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

2.2. "Contenuto" della procedura di asilo alla frontiera e rischio di compressione del principio di non respingimento

Sotto il profilo del "contenuto" della procedura di frontiera, rileva l'art. 44 del regolamento procedure che stabilisce quali tipi di decisioni possono essere assunte nell'ambito di siffatta procedura. Si tratta, in primo luogo, di decisioni sulla ammissibilità di una domanda ai sensi dell'art. 38 del regolamento *de quo* che trova applicazione, invero, anche in relazione alle procedure "ordinarie" e che implicano il diniego della domanda al presentarsi di una serie di ipotesi "oggettive" che esulano dall'esame della situazione individuale del richiedente protezione internazionale²⁰, compresa la considerazione di un paese che non è uno Stato membro quale «paese terzo sicuro» per il richiedente a norma dell'art. 59 del regolamento procedure.

In particolare, la nozione di «paese terzo sicuro» è formulata in termini ampi, consentendo un utilizzo estensivo che potrebbe compromettere la protezione effettiva dei richiedenti asilo, specie laddove il paese di destinazione non sia parte della Convenzione di Ginevra²¹. In specie, poi, la previsione dell'art. 59, par. 5, lett. b)²² del nuovo regolamento procedure, che

²⁰ Al di là dell'ipotesi in cui un diverso Stato membro ha già concesso la protezione internazionale, la domanda può essere respinta quando un paese terzo è considerato per il richiedente paese di primo asilo ai sensi dell'art. 58 o un paese terzo sicuro ai sensi dell'art. 59; oppure quando un giudice penale internazionale ha disposto la ricollocazione sicura del richiedente in uno Stato membro o in un paese terzo, o intraprende inequivocabilmente azioni in tal senso, a meno che non siano emerse nuove circostanze pertinenti di cui il giudice non abbia tenuto conto o non vi sia stata alcuna possibilità giuridica di addurre dinanzi a tale giudice penale internazionale circostanze pertinenti alle norme sui diritti umani riconosciute a livello internazionale; infine, quando il richiedente è già stato raggiunto da una decisione di rimpatrio e ha presentato domanda solo dopo sette giorni lavorativi dalla data di ricezione della decisione. Inoltre, l'autorità accertante respinge la domanda per inammissibilità se si tratta di una domanda reiterata in cui non sono emersi o non sono stati presentati dal richiedente nuovi elementi rilevanti di cui all'art. 55, parr. 3 e 5, in relazione all'esame volto ad accertare se al richiedente possa essere attribuita la qualifica di beneficiario di protezione internazionale ai sensi del regolamento (UE) 2024/1347 o in relazione al motivo di inammissibilità addotto in precedenza.

²¹ Approfonditamente le problematiche scaturenti dal concetto di «paese terzo sicuro» sono affrontate da F. CHERUBINI, *La nozione di Paese terzo sicuro*, in questa *Rivista*, fasc. spec.

²² Secondo cui il concetto di «paese terzo sicuro» è applicabile quando «il richiedente

abbassa la soglia per il riconoscimento della connessione significativa con un paese terzo, rischia di ampliare ulteriormente l'ambito di applicazione di tale clausola, riducendo le garanzie individuali dei richiedenti, seppure sussista il presidio del riesame del concetto di «paese terzo sicuro» da parte della Commissione europea entro un anno dall'entrata in vigore del regolamento²³ e sia fatta salva l'ipotesi in cui risulti palese che il richiedente non sarà mai ammesso o riammesso nel paese terzo.

In secondo luogo, la normativa prevede che, nei casi in cui trovi applicazione la procedura accelerata (art. 42, par. 1, lettere da *a*) a *g*) e *j*), nonché art. 42, par. 3, lett. *b*)), le autorità competenti possano adottare decisioni anche nel merito della domanda di asilo direttamente alla frontiera.

Le circostanze che giustificano il ricorso alla procedura accelerata comprendono, tra le altre, la manifesta irrilevanza delle questioni sollevate dal richiedente ai fini della qualificazione come beneficiario di protezione internazionale, la palese incoerenza o inattendibilità delle dichiarazioni rese, l'intento fraudolento nell'occultamento o falsificazione di informazioni rilevanti, nonché l'abuso della procedura per finalità dilatorie. Inoltre, rilevano specifici criteri legati alla sicurezza nazionale e all'ordine pubblico, così come la classificazione di un paese di origine come "sicuro" ai sensi dello stesso regolamento procedure.

Orbene, taluni aspetti di questa disciplina sollevano questioni di compatibilità con il diritto internazionale e i principi fondamentali che dovrebbero reggere il sistema europeo di asilo. Particolare elemento di criticità si ritiene sia rappresentato dall'art. 42, par. 1, lett. *j*), laddove è introdotto un criterio fondato su dati statistici relativi ai tassi di riconoscimento della protezione internazionale²⁴, considerato che si tratta di un meccanismo basato su presunzioni generali anziché su una valutazione individualizzata delle condizioni del richiedente, che genera una evidente flessione del principio secondo cui ogni domanda di asilo deve essere esaminata caso per caso, tenendo conto delle circostanze individuali del richiedente²⁵.

abbia con il paese terzo in questione un legame in virtù del quale sarebbe ragionevole che vi si recasse».

²³ Art. 77 del regolamento procedure.

²⁴ Quand'anche si debba evidenziare che non si tratta di una presunzione assoluta, nel senso che l'autorità accertante può valutare che la situazione nel paese terzo ha registrato un cambiamento significativo dalla pubblicazione dei dati Eurostat, oppure che il richiedente appartiene ad una categoria di persone le cui esigenze di protezione impediscono di considerare rappresentativa una percentuale di riconoscimento pari o inferiore al 20%.

²⁵ Nel nuovo regolamento procedure è l'art. 34 a ribadire che l'autorità accertante «esa-

Tale impostazione configura una sorta di “giudizio anticipato” sulla fondatezza della domanda, riducendo le garanzie procedurali e corroborando la funzione della procedura di asilo alla frontiera quale strumento di gestione dei flussi migratori piuttosto che un mezzo volto a garantire protezione internazionale a chi ne abbia diritto²⁶, disvelando una “ibridazione” della politica di asilo – volta ad «offrire uno *status* appropriato ai cittadini di paesi terzi che necessitano di protezione internazionale e «a garantire il rispetto del principio di non respingimento»²⁷ – con quella di contrasto all’immigrazione irregolare²⁸.

mina individualmente ciascuna domanda in modo obiettivo e imparziale». Ispirandosi ai requisiti elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU ai sensi degli artt. 3 e 13 della CEDU, necessari per svolgere un esame indipendente e rigoroso (cfr. in particolare Corte EDU 11 luglio 2000, ric. n. 40035/98, *Jabari/Turchia*, punto 50 e 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09, *M.S.S./Belgio e Grecia*, punto 293), anche la Corte di giustizia dell’UE ha avuto più occasioni per rimarcare che l’esame individuale, da parte delle autorità nazionali competenti, della fondatezza del timore di persecuzione espresso da un richiedente deve essere effettuato «caso per caso con diligenza e prudenza, basandosi unicamente su una valutazione concreta dei fatti e delle circostanze», al fine di determinare se questi rappresentino una minaccia tale da far fondatamente temere alla persona interessata, alla luce della sua situazione individuale, di essere effettivamente oggetto di atti di persecuzione in caso di rientro nel suo paese di origine. Da ultimo, v. Corte giust. 4 ottobre 2024, C-608/22 e C-609/22, *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl e a.* (Femmes afghanes), punto 49.

²⁶ In maniera concorde, sottolinea la funzione di «*migration management tool*» della procedura di asilo alla frontiera J. VEDSTED-HANSEN, *Harmonisation of types of asylum procedures: new Regulation, old dilemmas*, in *Series of the Odysseus blog on the Pact on Migration & Asylum*, 2024, reperibile online.

²⁷ Garantito quale diritto fondamentale dall’art. 18 e dall’art. 19, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali. Cfr. in particolare, Corte giust. 24 giugno 2015, C-373/13, *T.*, punto 65.

²⁸ Art. 78, par. 2, lett. *d*) che rappresenta la base giuridica su cui poggia il regolamento procedure. È significativo che la proposta emendata del 2020 prevedeva una doppia base giuridica: accanto all’art. 78, anche l’art. 79, lett. *c*) (immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l’allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare); in particolare, la seconda base giuridica andava aggiunta allo scopo di prevedere disposizioni specifiche disciplinanti il rimpatrio dei richiedenti asilo respinti e riguardanti, in particolare, l’emissione di una decisione di rimpatrio concomitante ad una decisione negativa su una domanda, il ricorso contestuale avverso tali decisioni e procedure di asilo e rimpatrio senza soluzione di continuità. Aspetto che è stato, da ultimo, incorporato e disciplinato da apposito regolamento, che sarà oggetto di analisi *infra* al par. 3.

3. *Consecutio con la procedura di rimpatrio alla frontiera: ambito di applicazione*

Come anticipato, al fine di saldare la procedura di asilo alla frontiera e il rimpatrio, nel pacchetto di norme adottate in attuazione del “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo” è stato adottato un apposito regolamento, finalizzato proprio a garantire «la continuità tra la procedura di asilo e la procedura di rimpatrio, in tali casi è opportuno espletare alla frontiera anche la procedura di rimpatrio» (considerando n. 7 del regolamento (UE) 2024/1349)²⁹.

Di conseguenza, nel definire l’oggetto e l’ambito di applicazione, l’art. 1, par. 1, del regolamento *de quo* stabilisce che la procedura di rimpatrio alla frontiera si applica «ai cittadini di paesi terzi e agli apolidi la cui domanda è stata respinta nell’ambito della procedura di asilo alla frontiera ai sensi degli articoli da 43 a 54 del regolamento (UE) 2024/1348 (“procedura di asilo alla frontiera”)³⁰.

Si tratta, quindi, di una procedura che obbligatoriamente deve essere attivata qualora sussista la condizione del rigetto della domanda di asilo alla frontiera, laddove – ai sensi della direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/CE³¹, allo stato attuale ancora vigente)³² – gli Stati membri hanno libertà procedurale nel combinare le decisioni che pongono fine al soggiorno regolare (come il rigetto delle domande di asilo o la revoca del visto) con le decisioni relative al rimpatrio (come il rimpatrio, l’allontanamento o i divieti

²⁹ Specificamente sul regolamento che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera, si veda M. LANOTTE, *Il regolamento (UE) 2024/1349: l’ultimo tassello della “procedura di frontiera” previsto dal Nuovo patto sulla migrazione e l’asilo*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 489 ss., reperibile *online*.

³⁰ Il regolamento prevede, poi, anche norme specifiche temporanee sulla procedura di rimpatrio alla frontiera in situazioni di crisi quali definite all’art. 1, par. 4, del regolamento (UE) 2024/1359 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell’asilo e che modifica il regolamento (UE) 2021/1147.

³¹ 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.

³² Sebbene molte norme adottate il 14 maggio 2024, in attuazione del “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo”, abbiano comunque, sotto vari profili, un impatto emendativo sul sistema dei rimpatri, come evidenzia M. MORARU, *The Impact of the 2024 CEAS Reform on the EU’s Return System: Amending the Return Directive Through the Backdoor*, in *Series of the Odysseus Blog on the Pact on Migration and Asylum*, 2024, reperibile *online*.

di ingresso), purché siano rispettate le garanzie individuali (art. 6, par. 6).

La procedura di rimpatrio alla frontiera deve essere espletata entro un termine non superiore a 12 settimane (art. 1, par. 1, del nuovo regolamento)³³, termine decorrente dal momento in cui il richiedente, il cittadino di paese terzo o l'apolide non ha più diritto di rimanere o non è più autorizzato a rimanere, considerato che – come ricorda l'art. 4 del regolamento – si tratta di soggetti «non autorizzati a entrare nel territorio dello Stato membro interessato».

Ad excludendum, le persone che non sono soggette a una procedura di asilo di frontiera, sono soggette alla procedura “ordinaria” di rimpatrio, che torna a ri-espandersi anche qualora la decisione di rimpatrio alla frontiera non possa essere applicata entro il termine massimo di 12 settimane ora citato³⁴.

Nell'ambito del regolamento 2024/1349, la procedura di rimpatrio non trova disciplina specifica, andandosi ad applicare (come recita l'art. 4, par. 3) parti della “direttiva rimpatri”, in specie: l'art. 3 (definizioni), l'art. 4, par. 1, l'art. 5 (che impone di tenere in debita considerazione l'interesse superiore del bambino, la vita familiare, le condizioni di salute del cittadino di un paese terzo interessato e di rispettare il principio di non refoulement), l'art. 6, parr. da 1 a 5 (decisione di rimpatrio)³⁵, l'art. 7, parr. 2 e 3 (partenza volontaria), gli artt. da 8 a 11 (allontanamento; rinvio dell'allontanamento; rimpatrio e allontanamento di minori non accompagnati; divieto d'ingres-

³³ Salvo che non si tratti di situazione di crisi (così come definita dall'art. 1, par. 4, del regolamento (UE) 2024/1359 concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore come «una situazione eccezionale di arrivi in massa di cittadini di paesi terzi o di apolidi in uno Stato membro via terra, aria o mare, incluse persone che sono state sbarcate a seguito di operazioni di ricerca e soccorso, le cui entità e natura, tenuto conto, tra l'altro, della popolazione, del PIL e delle specificità geografiche dello Stato membro, comprese le dimensioni del suo territorio, rendono inefficace, anche in conseguenza di una situazione a livello locale o regionale, i ben preparati sistemi di asilo, di accoglienza, compresi i servizi di protezione dei minori, o di rimpatrio dello Stato membro, al punto che potrebbero esservi gravi conseguenze sul funzionamento del sistema europeo comune di asilo») in ragione della quale il termine può essere esteso fino a 6 settimane. Per un approfondimento sul nuovo regolamento 2024/1359, si veda E. PISTOIA, *Progressi e rischi del nuovo regolamento sulle situazioni di crisi e forza maggiore*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 195 ss., reperibile *online*.

³⁴ Come prevede l'art. 4, par. 4, del regolamento in commento.

³⁵ Non si applica, quindi, il par. 6: «[l]a presente direttiva non osta a che gli Stati membri decidano di porre fine al soggiorno regolare e dispongano con testualmente il rimpatrio e/o l'allontanamento e/o il divieto d'ingresso in un'unica decisione o atto amministrativo o giudiziario in conformità della legislazione nazionale, fatte salve le garanzie procedurali previste dal capo III e da altre pertinenti disposizioni del diritto comunitario e nazionale».

so), l'art. 12 (Garanzie procedurali: forma), l'art. 14, par. 1 (garanzie prima del rimpatrio), l'art. 15, parr. 2, 3 e 4 (trattenimento), e gli artt. 16, 17 e 18 della direttiva 2008/115/CE.

Tre sono, tuttavia, gli elementi che caratterizzano la procedura di rimpatrio alla frontiera e che rappresentano, in buona sostanza, il nucleo duro degli emendamenti al testo della direttiva rimpatri (2008/115/CE) proposti dalla Commissione europea fin dal 2018³⁶: il più ampio ricorso al trattenimento dei migranti, la contrazione della partenza volontaria e la compressione delle garanzie procedurali.

3.1. *Verso forme automatiche di trattenimento*

In continuità con la logica del contenimento fondata sulla “*fictio* del non ingresso” per cui gli Stati membri sono tenuti a limitare la libertà di movimento dei cittadini di paesi terzi nell'ambito delle procedure da svolgersi alle frontiere, questi devono esigere che i richiedenti protezione internazionale per i quali è stata respinta la domanda soggiornino – per un periodo non superiore a 12 settimane – in luoghi situati alla frontiera esterna oppure in prossimità della stessa oppure in una zona di transito³⁷.

Sebbene il regolamento 2024/1349 sancisca che la privazione della libertà possa essere disposta esclusivamente quale misura di ultima istanza, se risulta necessaria sulla base di una valutazione individuale e solo laddove non possano essere adottate misure meno coercitive (art. 5, par. 1), il sistema complessivamente introdotto dal suddetto strumento normativo rischia di favorire una generalizzata privazione della libertà personale.

³⁶ 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), COM (2018) 634final, del 12 settembre 2018. In proposito, sia consentito fare riferimento a R. PALLADINO, *Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, Napoli, 2021, p. 467 ss. Il Consiglio europeo (v. in particolare le conclusioni del Consiglio europeo, del 17 ottobre 2024, punto 34) ha sollecitato la necessità di una revisione della direttiva rimpatri, invitando la Commissione europea a presentare una nuova proposta di rifusione e l'11 marzo 2025 la Commissione europea ha proposto un regolamento istitutivo di un sistema comune di rimpatrio in abrogazione della direttiva rimpatri (*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council, establishing a common system for the return of third-country nationals staying illegally in the Union, and repealing Directive 2008/115/EC of the European Parliament and the Council, Council Directive 2001/40/EC and Council Decision 2004/191/EC*).

³⁷ Ai sensi dell'art. 4, par. 2, del regolamento che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera.

A tal riguardo, si ritiene rilevante l'introduzione di due ampi presupposti per il trattenimento introdotti dal regolamento *de quo*. In primo luogo, gli Stati membri possono proseguire la detenzione dei cittadini di paesi terzi già privati della libertà nell'ambito della procedura di asilo alle frontiere, al fine di impedire l'ingresso nel territorio, predisporre il rimpatrio o eseguire l'allontanamento (art. 5, par. 2): è, dunque, consentita la prosecuzione della privazione della libertà personale dei migranti nel passaggio dalla fase dell'asilo a quella del rimpatrio, attraverso una formulazione che sembra suggerire l'assenza di un riesame dei presupposti della detenzione nel momento in cui un cittadino di paese terzo transiti dalla procedura di asilo alla procedura di rimpatrio alla frontiera, configurando così un meccanismo di detenzione automatica.

In secondo luogo, anche i richiedenti protezione internazionale che non siano stati privati della libertà nel corso della procedura di asilo alle frontiere possono essere detenuti sulla base di tre presupposti: qualora vi sia un «rischio di fuga» ai sensi della direttiva 2008/115/CE, qualora ostacolino o ritardino il rimpatrio o qualora rappresentino una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale. In particolare, quest'ultimo presupposto rappresenta un elemento aggiuntivo rispetto ai criteri di detenzione già previsti nell'ambito della procedura comune di rimpatrio, determinando, dunque, un ulteriore ampliamento delle ipotesi di privazione della libertà, attraverso il riferimento ad un concetto, quello dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, che non trova definizione univoca all'interno del regolamento. Sono, infatti, gli Stati a determinare le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, in relazione alle variabili esigenze nazionali.

All'uopo, l'ampio margine di discrezionalità lasciato alle autorità degli Stati membri ha trovato valorizzazione anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, laddove si sottolinea che non ogni riferimento, da parte del legislatore dell'Unione, alla nozione di «minaccia per l'ordine pubblico» deve necessariamente essere inteso nel senso che esso rinvia esclusivamente a un comportamento individuale che rappresenta una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società dello Stato membro interessato³⁸. È tuttavia fondamentale contestualizzare il trattenimento come eccezionale compressione della libertà personale e quindi intendere le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza nazionale in senso

³⁸ Cfr., con riferimento all'art. 6, par. 1, del Codice frontiere Schengen, Corte giust. 12 dicembre 2019, C-380/18, *E.P.* (Minaccia per l'ordine pubblico), punto 31.

restrittivo. In proposito, può richiamarsi nuovamente l'insegnamento della Corte di giustizia secondo cui la portata delle esigenze di ordine pubblico e sicurezza nazionale «non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione»³⁹.

3.2. *La restrizione della partenza volontaria*

Il regime delineato dal regolamento 2024/1349 segna, poi, un rilevante mutamento rispetto all'impianto normativo della direttiva rimpatri, incidendo significativamente sulla disciplina della partenza volontaria e sulla conformità del sistema di rimpatrio ai principi generali del diritto dell'Unione. Infatti, l'obbligo di concedere un termine per la partenza volontaria previsto dalla direttiva rimpatri, si trasforma, tramite l'art. 4, par. 5, del regolamento 2024/1349, in un diritto condizionato alla previa richiesta del destinatario del provvedimento di rimpatrio.

Tuttavia, la previsione di tale requisito procedurale rischia di svuotare di effettività la previsione stessa, nella misura in cui i cittadini di paesi terzi potrebbero non essere in grado di formulare una richiesta esplicita, specie se consideriamo l'assenza di apposita previsione di un obbligo in capo agli Stati membri di informare gli interessati circa riguardo a siffatta possibilità⁴⁰. Ulteriormente si può evidenziare che la fissazione di un limite massimo inderogabile di quindici giorni per l'adempimento dell'obbligo di partenza volontaria potrebbe compromettere l'efficacia di tale istituto, attesa l'inadeguatezza di termini così ristretti rispetto alle esigenze organizzative e logistiche del rimpatrio.

Dal regolamento 2024/1349 è individuabile anche un ulteriore elemento di discontinuità rispetto alla direttiva rimpatri, rappresentato dall'eliminazione della facoltà di concedere un termine abbreviato per la partenza volontaria, sostituita dall'obbligo di diniego in presenza di determinate condizioni, quali il rischio di fuga, il rigetto per manifesta infondatezza della domanda di protezione internazionale nell'ambito della procedura di frontiera o la sussistenza di una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale.

Tale configurazione normativa determina un'incrinatura nel principio

³⁹ Così Corte giust. 11 giugno 2015, C-554/13, *Zh. e O.*

⁴⁰ L'obbligo di informare i cittadini di paesi interessati della possibilità di inoltrare richiesta di concessione di un periodo per il rimpatrio volontario, allorquando gli Stati membri si avvalgano della facoltà di prevedere nella legislazione nazionale di prevedere la concessione della partenza volontaria solo su richiesta, è sancito espressamente nell'art. 7, par. 1, della direttiva rimpatri che, tuttavia, non è richiamato dal regolamento sulla procedura di rimpatrio alla frontiera.

della preferenza per la partenza volontaria, non solo consolidato nel testo della direttiva rimpatri ma da considerarsi anche quale diretta espressione del principio generale di proporzionalità e del rispetto dei diritti fondamentali sanciti dal diritto dell'Unione europea⁴¹, rimodulando l'equilibrio tra l'esigenza di un'efficace politica di rimpatrio e il rispetto delle garanzie individuali, atteso il ridotto spazio concesso a soluzioni meno coercitive e più rispettose della dignità della persona.

4. *Il detrimento delle garanzie procedurali*

Con l'obiettivo dichiarato di migliorare l'efficienza amministrativa e garantire un accesso più coerente ai mezzi di impugnazione, il nuovo regolamento procedure introduce una più stretta interconnessione tra le procedure di asilo e di rimpatrio, andando tuttavia ad incidere in maniera significativa sulle garanzie procedurali.

Va, innanzitutto, individuato nell'art. 37 del regolamento 2024/1348 la fissazione di un rapporto di contestualità tra le decisioni di rimpatrio e le decisioni di rigetto della domanda di protezione internazionale, sia quando quest'ultima è dichiarata irricevibile o infondata, sia quando viene ritirata. Inoltre, l'art. 67, par. 1, del regolamento procedure rafforza tale legame stabilendo che i ricorsi contro la decisione di rimpatrio devono essere proposti congiuntamente a quelli contro il rigetto della domanda d'asilo, entro termini variabili tra cinque e dieci giorni, allorquando si tratti di decisione di rigetto della domanda per inammissibilità, per ritiro implicito, per infondatezza o per manifesta infondatezza se, al momento della decisione, sussiste una delle circostanze di cui all'art. 42, par. 1 o par. 3.

Si tratta di termini estremamente ridotti che rischiano di comprimere il diritto di difesa dei richiedenti, specie di coloro che si trovano in situazioni di vulnerabilità oppure in stato di detenzione, in quanto non appaiono «materialmente sufficienti»⁴² per la preparazione di un ricorso giurisdizionale efficace.

Ulteriore elemento di criticità è da ravvisarsi nell'art. 68, par. 3, del nuovo regolamento procedure, laddove è precluso l'effetto sospensivo dell'im-

⁴¹ Come ricostruito efficacemente da Corte giust. 28 aprile 2011, C-61/11 PPU, *El Dridi* e sent. *Zh. e O.*, sopra citata.

⁴² In questi termini, valutando in linea di principio la sufficienza di un termine di ricorso di quindici giorni per procedimenti abbreviati, v. Corte giust. 28 luglio 2011, C-69/10, *Samba Diouf*, punto 66.

pugnazione, allorquando il richiedente protezione internazionale sia soggetto alla procedura di frontiera (una eccezione è accordata ai minori stranieri non accompagnati⁴³).

A differenza di quanto disposto dall'art. 46 della direttiva procedure attualmente vigente, è da evidenziarsi il venir meno del riconoscimento di un diritto automatico di soggiorno durante la revisione di una decisione negativa, pur avendo il giudice la facoltà di decidere, esaminati gli elementi di fatto e di diritto, che il richiedente possa essere, su sua istanza, autorizzato a rimanere nel territorio dello Stato nelle more del ricorso⁴⁴.

Il quadro così ricostruito mina fortemente l'effettività del diritto di asilo, atteso l'improbabile possibilità di accedere a un ricorso effettivo in mancanza della garanzia di un effetto sospensivo riconnesso all'impugnazione. Siffatta mancanza introduce una significativa incertezza, potendo condurre all'allontanamento del richiedente protezione internazionale prima della conclusione dell'esame del suo ricorso, nel segno della violazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dell'art. 13 della CEDU, i quali sanciscono il diritto a un ricorso effettivo.

All'uopo, può essere utile richiamare quanto affermato dalla Corte di giustizia che – se considera, in linea di massima, l'assenza di effetti sospensivi di un ricorso proposto contro la sola decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale conforme al principio di *non-refoulement* e all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, atteso che la sua esecuzione non può comportare, di per sé, l'allontanamento del cittadino di un paese terzo di cui trattasi – è netta nel considerare l'impugnazione della decisione di rimpatrio come necessariamente munita di pieni effetti sospensivi, al fine di assicurare il rispetto delle esigenze derivanti dal principio di *non-refoulement* e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali⁴⁵; in tale ipotesi, infatti, si tratta di una decisione tale da esporre il cittadino di paese terzo al serio rischio di essere sottoposto a trattamenti contrari all'articolo 18 della

⁴³ In generale, per un'analisi dell'impatto del nuovo regolamento procedure sui diritti dei minori migranti alle frontiere esterne dell'UE, si v. C. FRATEA, *Il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e la compressione delle tutele dei minori migranti alle frontiere esterne dell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 3, 2024, p. 290 ss.; nello stesso fascicolo v. anche E. LAMBIASE, *Il principio dei best interests of the child alla prova delle procedure speciali e del trattenimento del minore straniero non accompagnato*, p. 317 ss.

⁴⁴ Come previsto dall'art. 68, par. 4, del regolamento procedure.

⁴⁵ Come d'altro canto riconosce anche la Corte di Strasburgo; v. in particolare Corte EDU 13 dicembre 2012, ric. n. 22689/07, *De Souza Ribeiro/Francia*, punto 82; Corte EDU 5 luglio 2016, ric. n. 29094/09, *A.M./Paesi Bassi*, punto 66.

Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nel combinato disposto con l'art. 33 della Convenzione di Ginevra, ovvero a trattamenti contrari all'art. 19, par. 2, della stessa Carta⁴⁶.

Infine, ulteriore perplessità emergono con riferimento all'accesso all'informazione e all'assistenza legale, da considerarsi aspetti essenziali per garantire l'effettività del diritto di impugnazione, come limpidamente sottolinea la giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴⁷. E ciò considerato che, nell'ambito delle procedure di frontiera, la concreta accessibilità a tali garanzie appare compromessa, sia a causa della ridotta disponibilità di servizi di assistenza, sia per le restrizioni all'accesso imposte agli organismi di tutela, che possono essere giustificate da ragioni di sicurezza pubblica o di gestione amministrativa (art. 8, par. 6). Tali restrizioni, se applicate in modo eccessivamente discrezionale, rischiano di svuotare di contenuto il diritto alla difesa, come evidenziato in numerose pronunce della Corte di Strasburgo⁴⁸.

5. *Considerazioni conclusive*

A fronte dell'obiettivo dichiarato del nuovo regolamento procedure di «razionalizzare, semplificare e armonizzare le disposizioni procedurali degli Stati membri stabilendo una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione» e di «sostituire le attuali procedure di asilo eterogenee degli Stati membri con una procedura comune di riconoscimento e di revoca della protezione internazionale, applicabile in tutti gli Stati membri»⁴⁹, attraverso la previsione e l'ampia applicazione di una procedura «speciale» come quella di asilo alla frontiera, in combinato con la procedura di rimpatrio alla frontiera, viene introdotto un modello procedurale che evidenzia il rischio concreto di una progressiva compressione dei diritti e delle garanzie per i richiedenti protezione internazionale.

In tal senso si muovono, in particolare – come si è provato a evidenziare

⁴⁶ Corte giust. 19 giugno 2018, C-181/16, *Gnandi*. V. anche *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, sopra citata, punto 109 ss.

⁴⁷ Che in più occasioni ha evidenziato come la possibilità di presentare un ricorso valido dipenda in larga misura dalla disponibilità di consulenza giuridica e dalla tempestiva comunicazione dei diritti spettanti ai richiedenti. In particolare, v. Corte EDU 20 dicembre 2022, ric. n. 37241/21, *S.H./Malta*, punto 80 ss.

⁴⁸ Ci si limita a richiamare Corte EDU 20 luglio 2021, ric. n. 29447/17, *D./Bulgaria*, punto 124.

⁴⁹ Considerando n. 1 e n. 5 del nuovo regolamento procedure.

in questo scritto – l’ampliamento delle ipotesi di inammissibilità delle domande di protezione internazionale, l’uso estensivo della nozione di «paese terzo sicuro», il ricorso a criteri presuntivi che incrinano l’obbligo di esaminare ogni domanda in modo individualizzato e, ancora, la contrazione dei tempi di impugnazione, la limitazione dell’effetto sospensivo dei ricorsi e le restrizioni all’accesso all’assistenza legale: elementi in grado di compromettere la tutela dei diritti fondamentali, richiedendo un’attenta valutazione della compatibilità di tali misure con gli obblighi internazionali ed europei in materia di protezione dei richiedenti asilo e di garanzia di un ricorso effettivo.

Da questo punto di vista, può essere considerato quale elemento positivo la previsione di un nuovo strumento di tutela fissato dai regolamenti 2024/1356 e 2024/1348, che impongono agli Stati membri l’istituzione di sistemi di monitoraggio indipendenti, finalizzati a garantire il rispetto del diritto dell’Unione e delle norme internazionali. In particolare, l’art. 43 del nuovo regolamento procedure⁵⁰ prevede proprio in relazione alla procedura di asilo alla frontiera un apposito meccanismo di monitoraggio dei diritti fondamentali che soddisfi i criteri di cui all’art. 10 del regolamento 2024/1356 e che, quindi, dovrebbe avere il precipuo compito di monitorare il rispetto del diritto dell’Unione europea e del diritto internazionale, compresa la Carta dei diritti fondamentali, specie per quanto concerne l’accesso alla procedura di asilo, il principio di non respingimento, l’interesse superiore del minore e le norme pertinenti in materia di trattenimento, tra cui le pertinenti disposizioni del diritto nazionale in materia di trattenimento, durante gli accertamenti.

L’attuazione di siffatto meccanismo di monitoraggio “indipendente” dei diritti fondamentali, se attuato in maniera efficace e concreta, potrebbe, pertanto, rivestire un ruolo chiave nella protezione dei diritti fondamentali delle persone coinvolte nelle procedure di asilo alla frontiera, potendo, ad esempio, monitorare sul corretto ricorso a misure privative della libertà personale nel rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità, così come sulla effettiva garanzia del principio di non respingimento.

⁵⁰ Sulla scorta del considerando n. 71 del nuovo regolamento procedure che, dopo aver ricordato che la procedura di frontiera dovrebbe essere espletata nel pieno rispetto della Carta dei diritti fondamentali e del diritto dell’Unione, invita ciascuno Stato membro a «prevedere un meccanismo di monitoraggio dei diritti fondamentali in relazione alla procedura di frontiera che soddisfi i criteri di cui al regolamento (UE) 2024/1356 del Parlamento europeo e del Consiglio». Il regolamento sulle procedure di rimpatrio alla frontiera non prevede, invece, l’istituzione di un apposito meccanismo di monitoraggio.

Resta pur vero che, se non radicato su specifiche disposizioni normative, a siffatto meccanismo di monitoraggio può risultare in qualche modo preclusa di per sé stessa la possibilità di garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali e delle garanzie procedurali dei richiedenti protezione internazionale. In altre parole, si vuole evidenziare che, di fronte alla dimensione “strutturale” delle nuove procedure “combinate” di asilo e rimpatrio alla frontiera potrebbe essere insufficiente l’azione di meccanismi di monitoraggio, quanto piuttosto potrebbe essere utile sollecitare interventi pregiudiziali interpretativi, nonché di validità⁵¹, di alcune disposizioni introdotte dalla “combinazione” dei due regolamenti oggetto di analisi, avvalendosi della Carta dei diritti fondamentali anche quale parametro di conformità del diritto derivato dell’Unione europea.

In tale prospettiva, potrebbe quanto meno essere sottoposta a valutazione la compressione “sproporzionata” del diritto alla libertà personale garantito dall’art. 6 della Carta dei diritti fondamentali⁵² quale può essere determinata dalla codificazione di periodi eccessivamente prolungati di privazione della libertà personale⁵³.

Parimenti, potrebbe essere oggetto di valutazione la lesione del «contenuto essenziale»⁵⁴ del diritto a un ricorso effettivo integrata dall’assegnazio-

⁵¹ Trovandoci di fronte a regolamenti le cui norme – in linea di principio – sono direttamente applicabili e non più innanzi a norme nazionali di attuazione di direttive che spesso hanno sollecitato rinvii pregiudiziali di interpretazione innanzi alla Corte di giustizia dell’UE. Sulle implicazioni della “trasformazione” in regolamenti delle direttive qualifiche e procedure si veda F. SPITALERI, *La grande riforma del diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea: un’analisi d’insieme nella prospettiva dei rapporti tra ordinamenti*, in *EJ*, n. 1, 2025, p. 255 ss.

⁵² Nella sua articolata stesura – che prevede che «nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui» – nell’art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali si coagulano i “classici” canoni del principio di proporzionalità articolati nella struttura trifasica della adeguatezza, necessità e proporzionalità in senso stretto e aventi quale autonomo prerequisito quello della rispondenza a «finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione». *Funditus*, sia consentito rinviare a R. PALLADINO, *Il principio di proporzionalità. Natura, funzioni e controllo*, Bari, 2024, spec. capitolo III.

⁵³ Come si è detto, anche di 12 settimane per coloro che sono soggetti alla procedura di asilo alla frontiera, che possono essere privati ancora della libertà personale durante la procedura di rimpatrio alla frontiera.

⁵⁴ Tratto dalle Costituzioni di diversi Stati membri e radicato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, il rispetto del «contenuto essenziale» dei diritti rappresenta il secondo requisito sancito nella clausola di limitazione generale contenuta nell’art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

ne di termini estremamente ridotti per la proposizione di ricorsi contro la decisione di rimpatrio e di rigetto della domanda d’asilo, nonché dal venir meno dell’automatico effetto sospensivo dell’impugnazione⁵⁵: si tratterebbe di invocare il “presidio” rappresentato dal rispetto del «contenuto essenziale» di un diritto fondamentale che comporta il riconoscimento che ogni diritto fondamentale si presenti e manifesti con un suo proprio *hard-core*, un contenuto “minimo” e, appunto, essenziale e “invalidabile” o “intangibile” che non può subire nessun tipo di ingerenza, limitazione o compressione da parte dei pubblici poteri senza andare a incidere sul valore dello Stato di diritto e della dignità umana che complessivamente sottendono alla protezione stessa dei diritti fondamentali.

⁵⁵ Come analizzato *supra* al par. 4.

Abstract (ita)

Il contributo mira ad analizzare la disciplina derivante dall'art. 43 del regolamento 2024/1348 (regolamento procedure) e dal regolamento 2024/1349 (che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera) che introduce «una concatenazione senza soluzione di continuità» tra la fase di trattamento delle domande di asilo e la fase del rimpatrio, nonché a evidenziare i tratti caratteristici delle procedure combinate alla frontiera e, infine, a considerare in quale misura esse possono incidere sui diritti e le garanzie procedurali dei migranti che trovano riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Abstract (eng)

The contribution aims to analyze the framework established by Article 43 of Regulation 2024/1348 (Regulation on Procedures) and Regulation 2024/1349 (which establishes a border return procedure), both of which introduce a «seamless link» between the asylum application process and the return phase. It also highlights the key features of the combined border procedures and, finally, assesses the extent to which they may impact the rights and procedural guarantees of migrants, as recognized in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

IL REGOLAMENTO SULLE SITUAZIONI DI CRISI E FORZA MAGGIORE: RIFLESSIONI SULLA GOVERNANCE PER LA GESTIONE “ORDINARIA” DI SITUAZIONI “STRAORDINARIE”

Teresa Maria Moschetta*

SOMMARIO: 1. Il regolamento crisi e forza maggiore: un “inedito” nel sistema comune d’asilo. – 2. La preservazione di un “interesse fondamentale” dell’Unione quale presupposto di applicazione. – 3. Rapporto con la direttiva sulla protezione temporanea nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali. – 4. L’equilibrio interistituzionale nel modello di *governance* per la gestione “ordinaria” di situazioni straordinarie. – 5. Il regolamento crisi e forza maggiore: una occasione persa per superare il modello stato-centrico nello spazio comune d’asilo.

1. *Il regolamento crisi e forza maggiore: un “inedito” nel sistema comune d’asilo*

Il regolamento concernente le situazioni di crisi e forza maggiore si presenta come un “inedito” introdotto nel nuovo pacchetto migrazioni e asilo con l’obiettivo di realizzare il necessario adattamento delle norme e procedure a livello sovranazionale al fine di garantire che gli Stati membri siano in grado di affrontare situazioni al di fuori dell’ordinario funzionamento del sistema comune di asilo¹. Originariamente proposto per abrogare la disciplina sulla protezione temporanea², il regolamento in parola introduce un

* Professoressa associata di diritto dell’Unione europea presso l’Università degli Studi Roma Tre. Il presente scritto riflette la relazione presentata nell’ambito del seminario annuale del Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo di AISDUE, “Patto immigrazione e asilo: dalle nuove regole alla sfida dell’attuazione”, svoltosi presso l’Università di Verona in data 6 dicembre 2024.

¹ V. regolamento (UE) 2024/1359 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell’asilo.

² V. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell’asilo, COM (2020) 613final. Sul punto v. C. FRATEA, *La proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore: un limitato progresso rispetto alla direttiva sulla protezione temporanea*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, n. 2, Napoli, 2021, p. 101 ss.; S. F. NICOLISI, *Addressing a Crisis Through Law: EU Emergency Legislation and Its Limits in the Field of Asylum*, in *Utrecht Law Review*, 2021, p. 19 ss.; S. VILLANI, *Il fenomeno migratorio oltre l’ordinario: riflessioni sulla proposta della Commissione circa un solido sistema di preparazione e di risposta alle crisi e a*

complesso di norme definite “complementari” all’applicazione della stessa direttiva sulla protezione temporanea nonché del regolamento sulla gestione dell’asilo³. Le disposizioni di tali distinti strumenti giuridici, pertanto, possono trovare contemporanea applicazione unitamente alle misure emergenziali adottate dal Consiglio in base all’art. 78, par. 3, TFUE⁴.

Il regolamento crisi e forza maggiore stabilisce un alveo di deroghe e misure di solidarietà di cui possono avvalersi gli Stati membri che si trovino ad affrontare situazioni di crisi, forza maggiore e ipotesi di strumentalizzazione dei migranti. In particolare, le misure previste in deroga agli strumenti ordinari di asilo e immigrazione vengono ad assumere una connotazione eminentemente temporale sia sotto il profilo della loro durata sia sotto il profilo dei contenuti, prevedendo il prolungamento dei termini per la registrazione delle domande d’asilo, della procedura frontiera, del sistema Dublino nonché l’accelerazione delle procedure per talune categorie di richiedenti⁵.

Le misure di solidarietà possono essere applicate in alternativa o in aggiunta a quelle previste nel meccanismo di solidarietà contemplato nel rego-

situazioni di forza maggiore, in *Freedom, Security & Justice. European Legal Studies*, 2021, p. 388 ss.; R. PALLADINO, *Il nuovo status di protezione immediata ai sensi della proposta concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore: luci e ombre*, in I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022, p. 593 ss.

³ V. direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell’equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell’accoglienza degli stessi; regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell’asilo e della migrazione e che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060 e abroga il regolamento (UE) 604/2013.

⁴ V. considerando n. 3 e n. 11 del regolamento (UE) 2024/1359, cit.

⁵ Per quel che concerne la durata, l’art. 5 del regolamento (UE) 2024/1359 prevede per l’applicazione delle deroghe e delle misure di solidarietà una durata di tre mesi che può essere prorogata per un massimo di dodici mesi. Con particolare riferimento al contenuto delle deroghe previste dal regolamento *de quo* rilevano *a*) l’art. 10 sul *prolungamento dei termini per la registrazione delle domande di asilo* (fino a quattro settimane dalla presentazione delle stesse a fronte dei 5 o 6 giorni previsti dal regolamento 2024/1348 sulla procedura comune di protezione internazionale); *b*) art. 11 sul *prolungamento delle procedure di frontiera* nonché della detenzione e del trattamento delle domande di asilo (per periodo massimo complessivo di diciotto settimane); *c*) art. 12 sul *prolungamento dei termini “Dublino”* per la presa in carico (fino a quattro mesi), risposta (fino a due mesi), trasferimento (fino ad un anno); *d*) art. 14 sull’*accelerazione delle procedure* per gruppi di richiedenti provenienti da un determinato paese per i quali si possa presumere fondata la loro richiesta di protezione internazionale.

lamento sulla gestione dell'asilo e dell'immigrazione⁶. Dette misure sono definite nel regolamento in esame come “rafforzate” e possono essere inserite nel piano di risposta solidale a beneficio degli Stati membri che ne facciano richiesta⁷. Il loro contenuto, tuttavia, non consente di individuarne il carattere distintivo rispetto alle misure attuabili in relazioni a situazioni “ordinarie” di pressione migratoria stabilite nell'ambito della riserva annuale di solidarietà di cui all'art. 56 del regolamento 2024/1351⁸. Rispetto a quest'ultima disposizione si rileva altresì un sostanziale parallelismo anche con riguardo alle misure di compensazioni di competenza e agli obblighi di adottare misure statali di prevenzione e di analisi di situazioni di crisi⁹.

⁶ Sul tema v. F. BUONOMENNA, *Misure di solidarietà e questioni di effettività nella disciplina contenuta nel regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione*, in questa Rivista, fasc. spec. n. 4, 2024, reperibile online; T. RUSSO, *Quote di ricollocazione e meccanismi di solidarietà: le soluzioni troppo “flessibili” del patto dell'Unione europea su migrazioni ed asilo*, in FSJ, n. 2, 2021, p. 281 ss.

⁷ A questo riguardo, il considerando n. 23 del regolamento crisi si limita a stabilire che «lo Stato membro interessato dovrebbe avere la possibilità di chiedere ad altri Stati membri misure di solidarietà e di sostegno che siano le più idonee alle sue esigenze al fine di gestire la situazione e che richiedano una *maggiore solidarietà* rispetto a quella prevista dal regolamento (UE) 2024/1351 al fine di alleggerire la responsabilità dello Stato membro per la gestione della situazione di crisi. Le *misure rafforzate* di solidarietà e di sostegno potrebbero assumere la forma di ricollocazioni, contributi finanziari, misure di solidarietà alternative o una combinazione di tali misure» (corsivi aggiunti).

⁸ Le misure contemplate dal considerando n. 31 e dall'art. 8 del regolamento (UE) 2024/1359 sulle situazioni di crisi e forza maggiore concernono *a)* la ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale o di un sottoinsieme di beneficiari di protezione internazionale; *b)* contributi finanziari finalizzati ad azioni rilevanti nello Stato membro richiedente o in Stati terzi interessati; *c)* misure alternative specificamente necessarie ad affrontare una situazione di crisi. Le medesime misure si rinviengono nell'art. 56 del regolamento (UE) 2024/1351 sulla gestione dell'immigrazione e l'asilo con riferimento alla riserva annuale di solidarietà che comprende i contributi stabiliti dal Consiglio e proposti dalla Commissione che gli Stati membri si impegnano a versare nella riunione del forum di alto livello in favore degli Stati membri di cui si riconosca la maggiore esposizione a situazioni di pressione migratoria. L'unica differenza attiene alla definizione dei contributi finanziari che nell'art. 56 del “regolamento gestione” sono meglio specificati rispetto all'art. 8 del regolamento crisi in cui si parla di «azioni pertinenti per affrontare la situazione di crisi (...)».

⁹ In materia di compensazioni di competenza v. l'art. 9 del regolamento (UE) 2024/1359 “crisi e forza maggiore” e l'art. 63 del regolamento (UE) 2024/1351 “gestione asilo e immigrazione”. Entrambi gli articoli prevedono la compensazione degli impegni aggiuntivi assunti dagli Stati membri che attuano misure di solidarietà nell'ambito rispettivamente del riconoscimento di una situazione di crisi e della riserva annuale di solidarietà. In materia di obblighi di preparazione e pianificazione di emergenza v. art. 16 del regolamento (UE) 2024/1359 che fa riferimento all'art. 7 del regolamento (UE) 2024/1351, precisando che

Il regolamento crisi e forza maggiore è stato oggetto di attente analisi relative in particolare al suo rapporto con la direttiva sulla protezione temporanea e al potenziale impatto prodotto dalle deroghe e dalle misure di solidarietà interstatuale ivi previste sul godimento dei diritti dei richiedenti asilo. Questi ultimi, infatti, in ragione delle deroghe temporali nell'applicazione delle procedure relative all'esame delle domande di asilo in caso di crisi e forza maggiore rischiano di dover subire il protrarsi di quel limbo giuridico che intercorre dal momento del loro arrivo alle frontiere esterne dell'Unione al momento della definizione del loro *status* giuridico senza una adeguato riconoscimento dei loro diritti¹⁰.

Partendo da dette riflessioni, il presente lavoro vuole provare a focalizzare l'attenzione su una questione di carattere generale concernente la possibilità di considerare il regolamento crisi e forza maggiore come un modello di *governance* sovranazionale per la gestione ordinaria di situazioni straordinarie. In questa prospettiva, si procederà ad esaminare il regolamento crisi e forza maggiore in relazione al quadro normativo in vigore nell'ambito del sistema comune d'asilo, rilevando come esso rifletta la volontà del legislatore sovranazionale di far assurgere a interesse fondamentale dell'Unione la stabilità e il corretto funzionamento dei sistemi di asilo applicati a livello statale. In particolare, saranno esaminate le modalità di esercizio delle competenze esecutive attribuite alla Commissione europea e al Consiglio per dare applicazione alle deroghe e misure di solidarietà previste nel regolamento *de quo* anche al fine di valutarne l'effettività e la coerenza rispetto ai Trattati.

nelle strategie nazionali *ivi* previste, intese a stabilire un approccio strategico che garantisca la capacità degli Stati membri di attuare efficacemente il loro sistema di gestione dell'asilo e della migrazione, siano comprese anche «misure preventive per garantire un livello sufficiente di preparazione e ridurre il rischio di situazioni di crisi e la pianificazione di emergenza» nonché «un'analisi delle misure necessarie ad affrontare e risolvere le situazioni di crisi e di forza maggiore nello Stato membro interessato».

¹⁰ M. I. CIGER, *Unpacking the Crisis Regulation: A Valuable Addition to the European Legal Framework Governing Mass Influx Situations?*, Working Paper, RSC, Robert Schuman Centre For Advanced Studies Migration Policy Centre, n. 40, 2024, reperibile online; M. I. CIGER, *Navigating the Labyrinth of Derogations: A Critical Look at the Crisis Regulation*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2024, reperibile online; R. PALLADINO, *La protezione temporanea e i rapporti con le riforme introdotte dal Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *questa Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, reperibile online; E. PISTOIA, *Progressi e rischi nel nuovo regolamento sulle situazioni di crisi e di forza maggiore*, *ibidem*, 2024; C. SCISSA, F. L. GATTA, *Access to Asylum in Times of Crisis, Force Majeure and Instrumentalization in the EU: Restrictive Trends in Asylum Law in the Case-law*, in *FSJ*, n. 3, 2024, p. 226 ss.

2. *La preservazione di un “interesse fondamentale” dell’Unione quale presupposto di applicazione*

Il regolamento crisi e forza maggiore presenta il pregio di definire in termini opportunamente ampi e dettagliati i presupposti di applicazione delle deroghe e misure di solidarietà ivi richiamate attraverso una formulazione delle distinte nozioni di crisi, forza maggiore e strumentalizzazione volte a coprire le variegate e non sempre prevedibili ipotesi di destabilizzazione degli Stati membri che possano avere rilevanza a livello sovranazionale. In questa prospettiva, il regolamento si pone nel solco di quell’approccio securitario che caratterizza nel suo complesso il pacchetto di riforma del sistema comune d’asilo e lascia intravedere la volontà del legislatore sovranazionale di far assurgere a interesse fondamentale dell’Unione la stabilità e il corretto funzionamento dei sistemi di asilo applicati a livello statale¹¹.

Per comprenderne l’ambito di applicazione rispetto a situazioni ordinarie di gestione dei flussi migratori e di esame delle domande d’asilo, occorre rilevare come lo stesso regolamento precisi che le situazioni eccezionali che giustificano l’adozione di deroghe e misure di solidarietà rafforzata «si distinguono da quelle in cui uno Stato membro si trova ad affrontare una situazione migratoria significativa a causa dell’effetto cumulativo degli arrivi sul suo sistema ben preparato di asilo, accoglienza e migrazione, o in cui

¹¹ Sul tema dello “spirito” che sottende il sistema comune di asilo e la sua riforma tra “solidarietà” e “sicurezza” vedi: G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell’Unione europea in materia di immigrazione ed asilo*, Bari, 2018; C. FAVILLI, *L’Unione che protegge e l’Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione giustizia*, 2018, p. 28 ss.; C. FRATEA, *Obblighi di solidarietà ed effettività della tutela dei migranti: quale spazio per un ripensamento del sistema Dublino?*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell’Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 703 ss.; G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell’Unione europea nel nuovo patto sull’immigrazione e l’asilo*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, Napoli, 2021, p. 435 ss.; P. DE PASQUALE, *Dal nuovo patto per la migrazione e l’asilo a un diritto dell’emergenza dell’Unione europea: a che punto è la notte?*, in DPCE, 2020, p. 5 ss.; M. BORRACCETTI, *Il nuovo patto europeo sull’immigrazione e l’asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in DIC, 2021, p. 1 ss.; D. VITIELLO, *In Search of the Legal Boundaries of an “Open Society”. The Case of Migrant Integration in the EU*, in *Freedom, Security & Justice. European Legal Studies*, n. 2, 2022, p. 151 ss.; U. VILLANI, *I principi della politica d’asilo e dell’immigrazione dell’Unione e il rischio di “fortezza Europa”*, in *Freedom, Security & Justice. European Legal Studies*, n. 2, 2023, p. 5 ss.; V. CAPUANO, *La solidarietà nel diritto dell’Unione europea. Dalla solidarietà de facto alla solidarietà di diritto*, Napoli, 2024; F. RONDINE, *L’istituzionalizzazione di un regime frontaliero “dell’ammissione” dei cittadini di Paesi terzi nello spazio giuridico europeo: tra norme ed eccezioni*, in *Freedom, Security & Justice. European Legal Studies*, n. 2, 2024, p. 349 ss.

uno Stato membro è soggetto a pressioni migratorie a causa dell'entità degli arrivi che, pur non raggiungendo i livelli degli arrivi di massa, [...] creano tuttavia obblighi sproporzionati sui suoi sistemi»¹².

In seguito all'accorpamento di due distinte proposte legislative¹³, la nozione di crisi viene a coprire una duplice accezione: una relativa a una «situazione eccezionale di arrivi di massa di cittadini di stati terzi o di apolidi» che «rendono inefficaci [...] i ben preparati sistemi di asilo, di accoglienza [...] o di rimpatrio dello Stato membro, al punto che potrebbero esservi gravi conseguenze sul funzionamento del sistema comune di asilo»; l'altra relativa a «situazioni di strumentalizzazioni in cui un paese terzo o un attore non statale ostile incoraggia o favorisce lo spostamento [...] di cittadini di paesi terzi o di apolidi con l'intenzione di destabilizzare l'Unione o uno Stato membro, e laddove tali azioni possano mettere a repentaglio funzioni essenziali di uno Stato membro, ivi incluso il mantenimento dell'ordine pubblico o la salvaguardia della sicurezza nazionale»¹⁴.

Di converso, la definizione di forza maggiore si riferisce a «circostanze anormali o imprevedibili che sfuggono al controllo di uno Stato membro, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate nonostante il ricorso a tutta la dovuta diligenza, che impediscono a detto Stato membro di adempie-

¹² V. considerando n. 4 del regolamento (UE) 2024/1359, cit., secondo cui in tali ipotesi trovano applicazione le misure contemplate dal regolamento (UE) 2024/1351.

¹³ V. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio volto ad affrontare le situazioni di strumentalizzazione nel settore della migrazione e dell'asilo, presentata il 14 dicembre 2021, COM (2021) 890final e la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, presentata il 23 settembre 2020, COM (2020) 613final. In tema di strumenti giuridici per reagire ad ipotesi di strumentalizzazione vedi: S. MARINAI, *L'Unione risponde alla strumentalizzazione dei migranti: ma a quale prezzo*, in A. BUFALINI, G. DEL TURCO, F. L. GATTA, M. SAVINO, M. TUOZZO, F. V. VIRZÌ, D. VITIELLO (a cura di), *Annuario ADiM. Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, Napoli, 2021, p. 32 ss.; M. COMETTI, *La "strumentalizzazione" delle persone migranti: la risposta dell'Unione europea e la reazione lituana a confronto. Un'occasione per riflettere (anche) sull'operato dell'agenzia dell'UE per l'asilo*, in EP, 2022, p. 287 ss.; A. DI PASCALE, *I migranti come "arma" tra iniziative di contrasto e obblighi di tutela dei diritti fondamentali. Riflessioni a margine della crisi ai confini orientali dell'UE*, in EJ, 2022, p. 259 ss.; M. FORTI, *Questioni giuridiche e problemi di tutela dei diritti fondamentali nella risposta dell'Unione europea alle pratiche di strumentalizzazione dei flussi migratori*, in *Freedom, Security & Justice. European Legal Studies*, n. 3, 2022, p. 246 ss.; G. LICASTRO, *Il caso della Bielorussia sulla strumentalizzazione dei flussi migratori e strumenti di contrasto al traffico dei migranti: brevi profili sulla rilevanza del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere Eurosur*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, p. 238 ss.

¹⁴ V. art. 1, par. 4, lett. a) e b), del regolamento (UE) 2024/1359, cit.

re agli obblighi di cui ai regolamenti (UE) 2024/1351 e (UE) 2024/1348»¹⁵. In detta accezione, la nozione in parola ricalca la duplice componente oggettiva e soggettiva relativa, da un lato, alle circostanze anormali ed estranee alla volontà del soggetto su cui incombono, dall'altro, all'obbligo per quest'ultimo di premunirsi contro le conseguenze dell'evento anormale adottando le misure appropriate¹⁶.

Comune denominatore delle nozioni di crisi e forza maggiore appare essere l'intento del legislatore dell'Unione di dotare il sistema comune di asilo di uno strumento giuridico volto a far fronte a situazioni che ne possano compromettere il corretto funzionamento. In tale prospettiva, il fatto che la destabilizzazione degli Stati membri costituisca il comune denominatore dei presupposti di attuazione del regolamento crisi e forza maggiore lascia intendere che la sicurezza e l'ordine pubblico negli Stati membri rappresentino un interesse fondamentale dell'Unione al fine di preservare il buon funzionamento del sistema comune di asilo. Non a caso, lo Stato membro che richieda di beneficiare di misure di solidarietà che permettano la corretta gestione di situazione di crisi, forza maggiore o strumentalizzazione deve dettagliatamente dimostrare l'impatto che la sua situazione contingente produce sul buon funzionamento del proprio sistema di asilo non consentendogli di adempiere agli obblighi assunti a livello sovranazionale¹⁷.

Da detta formulazione dei presupposti di attuazione del regolamento crisi e forza maggiore sembra si possa desumere che l'attuazione delle deroghe e delle misure di solidarietà rafforzate richiede che la destabilizzazione dello Stato membro richiedente venga ad intersecare l'interesse fondamentale dell'Unione al buon funzionamento del proprio sistema d'asilo, eman-

¹⁵ V. art. 1, par. 5, del regolamento (UE) 2024/1359, cit.

¹⁶ Al riguardo occorre rilevare la definizione di forza maggiore appare in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia in ossequio alle specificità del contesto giuridico di riferimento (Corte giust. 18 dicembre 2007, C-314/06, *Pipeline Méditerranée e Rhône*, punti 23-25; 18 marzo 2010, C-218/09, *SGS Belgium e a.*, punti 44 e 45; 18 luglio 2013, C-99/12, *Eurofit*, punti 31 e 32).

¹⁷ V. art. 2, par. 2, ai sensi del quale lo Stato membro richiedente deve dettagliatamente dimostrare *i*) che il suo sistema di asilo e di accoglienza «benché ben preparato e nonostante le misure già adottate, non sia in grado di farvi fronte»; *ii*) che la situazione di strumentalizzazione metta «a repentaglio le sue funzioni essenziali, ivi compreso il mantenimento dell'ordine pubblico o la salvaguardia della sua sicurezza nazionale»; *iii*) che «circostanze anormali e imprevedibili che sfuggono al suo controllo» producono «conseguenze che non avrebbero potuto essere evitate nonostante il ricorso a tutta la dovuta diligenza» ed impediscano «di adempiere ai propri obblighi» stabiliti dalle disposizioni del diritto dell'Unione di cui si chiede di derogare.

cipando la preservazione di detto interesse dall'approccio emergenziale che caratterizza le misure temporanee adottate dal Consiglio a beneficio degli Stati membri che si trovino ad affrontare un afflusso massiccio di cittadini di Stati terzi ai sensi dell'art. 78, par. 3, TFUE.

3. Rapporto con la direttiva sulla protezione temporanea nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali

Il regolamento crisi e forza maggiore non può essere inteso come uno strumento a carattere emergenziale, essendo stato adottato in base all'art. 78, par. 2, TFUE che stabilisce la competenza dell'Unione a adottare atti normativi per la gestione ordinaria del sistema comune d'asilo¹⁸. Di qui la sua distinzione rispetto alle misure emergenziali *ex art.* 78, par. 3, TFUE di cui non ne pregiudica l'applicazione e la sua già menzionata complementarietà con il quadro giuridico che disciplina l'ordinario funzionamento del sistema comune d'asilo. Proprio la base giuridica scelta sembra in qualche modo esprimere un tentativo di "normalizzazione" delle situazioni straordinarie che vengano a verificarsi nell'ordinario svolgimento delle procedure di asilo e della gestione dei flussi migratori. La suddetta complementarità, tuttavia, rende necessario definire i presupposti di applicazione della normativa *de quo* ed individuare possibili elementi di sovrapposizione rispetto al quadro giuridico in cui viene ad inserirsi¹⁹.

In particolare, si pone il problema di delineare il rapporto intercorrente tra il regolamento crisi e forza maggiore e la direttiva sulla protezione temporanea che è l'altro strumento giuridico adottato in base alla previgente formulazione dell'art. 78, par. 2, TFUE contenuta nel trattato comunitario

¹⁸ In particolare, il regolamento crisi e forza maggiore fa riferimento alle lett. d) ed e) dell'art. 78, par. 2, TFUE che concernono rispettivamente le «procedure comuni per l'ottenimento e la perdita dello status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria» e i «criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo o di protezione sussidiaria».

¹⁹ Sul tema del diritto emergenziale e delle misure adottate nel sistema di asilo dell'Unione europea vedi: M. DI FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *DIC*, 2015, p. 33 ss.; P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo*, in *DUE – Osservatorio europeo*, 2015, p. 11 ss.; N. PAVLOV, *Conceptualizing EU Crisis Management*, in *European Foreign Affairs Review*, 2015, p. 23 ss.; B. DE WITTE, *Guest Editorial: EU Emergency Law and Its Impact on the EU Legal Order*, in *CMLR*, 2022, p. 3 ss.

allora in vigore «con lo scopo di istituire norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da paesi terzi che non possono tornare nel loro paese d'origine e di promuovere l'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi»²⁰.

Come noto, la direttiva sulla protezione temporanea ha trovato la prima ed unica applicazione circa vent'anni dopo la sua entrata in vigore tant'è che la sua apparente inefficacia aveva portato ad inserire nella originaria proposta di riforma del sistema comune proprio una disciplina specifica per far fronte a situazioni di crisi. La permanenza in vigore della stessa lascia ora intravedere una possibile sovrapposizione degli ambiti di applicazione delle norme ivi contemplate che, tuttavia, non costituisce necessariamente un *vulnus* nella coerenza sistematica tra le misure che l'Unione adotta per far fronte a situazioni che si pongono *al di fuori* della gestione ordinaria dei flussi migratori e delle domande d'asilo²¹.

La direttiva sulla protezione temporanea e il regolamento crisi costituiscono distinti strumenti giuridici che rispondono a differenti finalità, essendo orientati l'una a definire e garantire uno *status* di protezione per i cittadini di Stati terzi o apolidi che deroga agli ordinari criteri di esame delle domande di asilo, l'altro a sviluppare un approccio solidale nella gestione interstatuale di situazioni non ordinarie di afflusso di richiedenti asilo. Detta distinzione si riflette anche nei rispettivi contenuti normativi laddove dalla direttiva sulla protezione temporanea discende un insieme di diritti accordati agli sfollati accolti dagli Stati membri, mentre dal regolamento sulle situazioni di crisi e forza maggiore discendono deroghe e misure di solidarietà interstatuale che possono addirittura produrre un effetto limitativo sui diritti delle persone coinvolte²².

²⁰ V. art. 1 della direttiva 2001/55/CE, cit. Sul tema v. M. I. CIGER, *Temporary Protection in Law and Practice*, Leiden – Boston, 2018; K. KERBER, *The Temporary Protection Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002, p. 193 ss.

²¹ Sul tema v. G. MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina: Old But Gold?*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, n. 1, Napoli, 2022, p. 381 ss.; R. PALLADINO, *Il nuovo status di protezione immediata*, cit., p. 493; E. PISTOIA, *Dalla protezione temporanea alla protezione immediata. L'accoglienza degli sfollati dall'Ucraina come cartina di tornasole della proposta di trasformazione*, in *FSJ*, n. 2, 2022, p. 101 ss.; A. FESTA, *La protezione temporanea dei minori in fuga dall'Ucraina: teoria e prassi di un istituto alla prova della sua prima applicazione*, *ivi*, n. 3, 2024, p. 263 ss.

²² V. in particolare artt. 8 (titoli di soggiorno e agevolazioni visti), 9 (informazioni in lingua conosciuta), 10 (lavoro, istruzione e formazione professionale), 13 (alloggio e necessaria protezione) direttiva 2001/55/CE, cit.

In questa prospettiva, la scelta di lasciare in vigore la direttiva sulla protezione temporanea può essere stata determinata non soltanto dal suo “successo” in relazione alla tragedia che ha colpito la popolazione ucraina, ma anche dalla necessità di colmare quel *gap* di tutela dei diritti umani fondamentali dei richiedenti protezione rinvenibile nel regolamento crisi e forza maggiore che, pur affermando la compatibilità delle misure ivi previste rispetto alla Carta e alle convenzioni internazionali sul tema, prevede solo “misure compensative” per alcune categorie di soggetti vulnerabili garantendone l’accesso prioritario alle procedure nel dilatarsi dei tempi di attuazione concessi allo Stato membro beneficiario della deroga²³.

Poiché i presupposti di applicazione del regolamento crisi e forza maggiore “assorbono” in qualche misura quelli della direttiva sulla protezione temporanea si potrebbe pensare che il riconoscimento di deroghe e misure di solidarietà a beneficio di uno Stato che si trovi ad affrontare una situazione di crisi e forza maggiore porti con sé la tutela dei diritti associati allo *status* di titolare di protezione temporanea. Infatti, se è vero che non sussiste alcun collegamento formale nell’applicazione dei due strumenti, che seguono anche un differente *iter* decisionale, è altrettanto vero che ai sensi dell’art. 13 TUE spetta alle istituzioni dell’Unione europea esercitare le rispettive competenze per «garantire la coerenza, l’efficacia e la continuità delle sue politiche e delle sue azioni». In particolare, spetterà al Consiglio interpretare il proprio ruolo di garante della stabilità e sicurezza dell’Unione nel gestire situazioni di crisi migratoria nel rispetto dei diritti degli individui, applicando coerentemente gli strumenti giuridici a tale scopo previsti²⁴.

Ipotizzare un obbligo di coerenza in capo al Consiglio nell’applicazione del regolamento crisi e forza maggiore e della direttiva sulla protezione temporanea risulta peraltro insito nel ruolo centrale che detta istituzione viene

²³ In particolare v. il considerando n. 36 secondo cui «nel realizzare la ricollocazione si dovrebbero considerare in via preliminare le persone vulnerabili», il considerando n. 49 secondo cui «nell’applicare questa deroga è opportuno prestare attenzione a determinate categorie di cittadini di paesi terzi e apolidi che sono oggetto di strumentalizzazione, in particolare i minori di età inferiore ai [dodici] anni e i relativi familiari, nonché le persone vulnerabili con esigenze procedurali o di accoglienza particolari», nonché l’art. 8, par. 2 in tema di ricollocazioni e l’art. 11 sulle deroghe alle procedura di frontiera.

²⁴ Sul principio di coerenza nell’ordinamento dell’Unione europea vedi: D. G. RINOLDI, *Principi di coerenza. Commento*, in A. DAMATO, A. DE PASQUALE, N. PARISI (a cura di), *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, 2011, p. 37 ss.; T. LEWIS, *Coherence of Human Rights Policymaking in EU Institutions and Other EU Agencies and Bodies*, Frame Deliverable 8.1, 2014, reperibile online; M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford, 2018.

a svolgere nella *governance* del sistema comune d'asilo in situazioni non ordinarie. Come noto, infatti, il regolamento crisi e forza maggiore definisce un meccanismo di *governance* in tre fasi in cui lo Stato membro che chiede di beneficiare di deroghe e misure di solidarietà definisce la situazione di crisi o di forza maggiore in cui viene a trovarsi; la Commissione sancisce la sussistenza di dette situazioni e il Consiglio stabilisce le deroghe o misure aggiuntive di solidarietà in favore dello Stato richiedente nell'esercizio delle sue competenze esecutive. Nella direttiva protezione temporanea, invece, spetta al solo Consiglio decidere di accordare il relativo *status* di tutela agli individui coinvolti su proposta della Commissione europea²⁵.

La centralità accordata al Consiglio nel sistema da ultimo delineato riflette la scelta del legislatore dell'Unione europea di sussumere la protezione della stabilità degli Stati membri esposti a pressioni migratorie a interesse fondamentale a livello sovranazionale. A questo riguardo, infatti, occorre ricordare come la nozione di «interesse fondamentale dell'Unione europea», introdotta dal Tribunale nella sentenza *RF France* nel diverso contesto delle decisioni adottate in materia di politica estera e di sicurezza comune, sia stata formulata proprio in relazioni a decisioni del Consiglio volte a tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza²⁶.

Come già posto in rilievo, il fatto che la destabilizzazione degli Stati membri costituisca il comune denominatore dei presupposti di attuazione del regolamento crisi e forza maggiore lascia intendere che la sicurezza e l'ordine pubblico negli Stati membri costituiscano un interesse fondamentale dell'Unione al fine di preservare il buon funzionamento del sistema comune di asilo. Da tale angolo prospettico, dunque, occorre esaminare il sistema di *governance* previsto dal regolamento crisi e forza maggiore al fine di chiarire se esso definisca un modello per la gestione ordinaria di situazioni straordinarie che sia compatibile con la *ratio* che sottende la definizione della competenza esecutiva a livello sovranazionale. A tal fine si terrà conto per analogia della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'adozione di atti di esecuzione in base all'art. 291, par. 2, TFUE.

²⁵ V. artt. 2-4 del regolamento (UE) 2024/1359, cit.; artt. 2-4 e 5 della direttiva 2001/55/CE, cit.

²⁶ V. Tribunale 27 luglio 2022, T-125/22, *RT France/ Consiglio*, punti 52-54. Sul tema v. S. POLI, *Prime riflessioni sulla sentenza del Tribunale "RT France" sulle misure restrittive contro le attività di disinformazione russe*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, n. 2, Napoli, 2022, p. 131 ss.; S. DE VIDO, *La sentenza del Tribunale nel caso RT France c. Consiglio: la propaganda di guerra e il ruolo di imprese operanti nel settore della radiodiffusione nell'aggressione russa contro l'Ucraina*, in *OIDU*, 2022, p. 1076 ss.

4. *L'equilibrio interistituzionale nel modello di governance per la gestione "ordinaria" di situazioni straordinarie*

Pur contemplando la possibilità di ricondurre la competenza esecutiva anche ad altre disposizioni di diritto primario, l'organo giurisdizionale dell'Unione europea ha precisato che l'art. 291, par. 2, TFUE «riguarda unicamente atti giuridicamente vincolanti dell'Unione che si prestino in linea di principio ad una attuazione da parte degli Stati membri, alla stregua di quelli cui si riferisce l'art. 291, par. 1 TFUE, ma che contrariamente a questi, per un determinato motivo debbono essere eseguiti mediante misure adottate non già da ciascuno Stato membro interessato, bensì dalla Commissione o dal Consiglio, onde garantire un'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea». Nella accezione da ultimo richiamata, dunque, sembra possano farsi rientrare le decisioni di esecuzione adottate in base al regolamento crisi e forza maggiore per stabilire le deroghe e misure di solidarietà che dovranno essere introdotte in favore dello Stato membro richiedente per preservare l'interesse fondamentale dell'Unione al corretto funzionamento del sistema comune di asilo²⁷.

Come già ricordato, nel meccanismo di *governance* definito nel regolamento crisi e forza maggiore, la Commissione e il Consiglio detengono in coabitazione la competenza a adottare decisioni esecutive a livello sovranazionale per far fronte a situazioni di crisi e forza maggiore. Nessuna delle due istituzioni, tuttavia, può agire *motu proprio* dovendo attendere l'attivazione del sistema di *governance* da parte dello Stato membro richiedente. Quest'ultimo, infatti, è tenuto a dimostrare la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento delle situazioni di crisi, forza maggiore e strumentalizzazione ed a individuare le deroghe e le misure di solidarietà necessarie per farvi fronte; solo a questo punto intervengono la Commissione e il Consiglio nella definizione rispettivamente dell'*an* e del *quomodo*. A questo riguardo, appare fondamentale definire quali siano i margini entro cui dette istituzioni sono chiamate ad operare nel rispetto dell'equilibrio interistituzionale una volta che la loro competenza esecutiva sia stata "attivata" dallo Stato membro richiedente²⁸.

²⁷ V. Corte giust. 20 dicembre 2017, C-521/15, *Spagna/Consiglio*, punti 43 e 48.

²⁸ Sul tema delle competenze esecutive dell'Unione europea v. in generale: K. LENAERTS, *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, in CMLR, 1991, p. 11 ss.; J. P. JACQUÉ, *The Principle of Institutional Balance*, in CMLR, 2004, p. 383 ss.; D. CURTIN, *Executive Power of the European Union: Law, Practices and the Living Constitution*, Oxford – New York, 2009; R. SCHÜTZE, *From Rome to Lisbon, "Executive Federalism" in the (New)*

Una prima questione attiene al motivo per cui il legislatore abbia deciso di riconoscere questa competenza esecutiva bipartita, discostandosi dalla proposta originaria che attribuiva alla sola Commissione le relative competenze di esecuzione. A questo punto, appare opportuno riferirsi alla *ratio* sottesa alla competenza esecutiva del Consiglio che nei trattati è riconosciuta in termini restrittivi soltanto «in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 del Trattato sull'Unione europea»²⁹. Secondo costante giurisprudenza della Corte di giustizia, i limiti entro cui le istituzioni dell'Unione possono esercitare la propria competenza a adottare atti esecutivi devono essere valutati con riferimento agli obiettivi generali dell'atto legislativo di base³⁰.

Come posto in rilievo, il regolamento crisi e forza maggiore risponde all'obiettivo di far fronte a situazioni destabilizzanti per gli Stati membri che producono un impatto sul buon funzionamento del sistema comune d'asilo attraverso il rafforzamento della reciproca fiducia tra gli Stati membri e un migliore coordinamento a livello dell'Unione. A questo riguardo, il regolamento in commento definisce come «opportuna» l'attribuzione al Consiglio della competenza a adottare decisioni di esecuzione per l'applicazione di deroghe e misure di solidarietà proprio in base alla considerazione che le situazioni di crisi e di forza maggiore possono mettere a repentaglio le funzioni

European Union, in CMLR, 2010, p. 1385 ss.; R. BARATTA, *Sulle fonti delegate ed esecutive dell'Unione europea*, in DUE, 2011, p. 293 ss.; R. SCHÜTZE, *Executive Powers: Competences and Procedures*, in R. SCHÜTZE (ed.), *European Constitutional Law*, Cambridge, 2015, p. 302 ss.; M. CHAMON, *Institutional Balance and Community Method in the Implementation of EU Legislation Following the Lisbon Treaty*, in CMLR, 2016, p. 1501 ss.; C. TOVO, *I nuovi equilibri tra potere esecutivo e legislativo nell'Unione europea: l'accordo interistituzionale "Legiferare meglio"*, in EJ, 2016, p. 1 ss.; S. TALEA, *Executive Powers in European Union Politics*, in *Governance. An International Journal of Policy, Administrative and Institutions*, 2024, p. 161 ss.

²⁹ V. art. 291, par. 2, TFUE.

³⁰ V. Corte giust. 17 ottobre 1995, C-478/93, *Paesi Bassi/Commissione*, punti 30 e 31; 19 novembre 1998, C-159/96, *Portogallo/Commissione*, punti 40 e 41; 23 ottobre 2007, C-403/05, *Parlamento/Commissione*, punto 51; 1° aprile 2008, C-14/06 e C-295/06, *Parlamento e Danimarca/Commissione*, punto 52; 15 ottobre 2014, C-65/13, *Parlamento/Commissione*, punti 44 e 45; 9 giugno 2016, C-78/16 e C-79/16, *Pesce e a.*, punto 46. Sul tema dell'esercizio della competenza esecutiva a livello sovranazionale v. in generale J. MENDES, *EU Executive Discretion and the Limits of Law*, Oxford, 2019; D. FROMAGE, A. HERRANZ-SURRALLÉS (eds.), *Executive – Legislative (Im)Balance in the European Union*, Oxford, 2021; C. ECKES, P. LEINO-SANDBERG, A. W. GHAVANINI, *The Dynamics of Powers in the European Union*, London, 2024.

essenziali di uno Stato membro³¹. La portata non ordinaria o straordinaria dei suoi presupposti di attuazione sembra dunque motivare la decisione di riservare al Consiglio la relativa competenza di esecuzione in deroga alla regola secondo cui spetta alla Commissione la responsabilità di esercitare detto potere nel normale corso degli eventi secondo quanto riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia³².

Una seconda questione attiene ai limiti entro cui la Commissione europea e il Consiglio possano esercitare la competenza esecutiva loro assegnata dal regolamento. Nella recente sentenza *Fenix International*, la Corte di giustizia ha equiparato la portata della competenza esecutiva della Commissione e del Consiglio rilevando come entrambe le istituzioni ai sensi dell'art. 291, par. 2, TFUE sono tenute a adottare «misure necessarie o utili per l'attuazione uniforme delle disposizioni dell'atto legislativo sul cui fondamento sono adottate e che si limitano a precisarne il contenuto nel rispetto degli obiettivi generali essenziali perseguiti da tale atto, senza modificarlo ed integrarlo, nei suoi elementi non essenziali»³³.

A questo riguardo occorre rilevare come il regolamento crisi forza maggiore attribuisca al Consiglio una competenza esecutiva che sembra possa andare oltre i suddetti limiti dotando detta istituzione di un certo margine discrezionale nella scelta delle deroghe e misure di solidarietà inserite nel piano di risposta solidale che esula da una competenza di tipo esecutivo nell'accezione appena rilevata³⁴. La scelta delle deroghe e delle misure di

³¹ V. considerando n. 31 del regolamento (UE) 2024/1359, cit.

³² V. Corte giust. 18 gennaio 2005, C-257/01, *Commissione/Consiglio*, punto 51; 6 maggio 2008, C-133/06, *Parlamento/Consiglio*, punto 47; 1° marzo 2016, C-440/14 P, *National Iranian Oil Company/Consiglio*, punto 50. Sulle rispettive competenze del Consiglio e della Commissione v. in generale: F. HAYES-RENSHAW, H. WALLANCE, *Executive Power in the European Union: The Functions and Limits of the Council of Ministers*, in *Journal of European Public Policy*, 1995, p. 559 ss.; C. F. BERGSTROM, D. RITLENG (eds.), *Rulemaking by the European Commission. The New System for Delegation of Powers*, Oxford, 2016.

³³ V. Corte giust. 28 febbraio 2023, C-695/20, *Fenix International*, punto 49. Sul punto v. M. CHAMON, *Only Fans of the Council's Implementing Powers in Luxembourg: Fenix International*, in *CMLR*, 2023, p. 1683.

³⁴ In particolare, v. art. 3, par. 5, lett. b) del regolamento crisi e forza maggiore ai sensi del quale il piano per la risposta solidale comprende «i) l'importo totale dei contributi di ricollocazione necessari per affrontare la situazione di crisi, tenendo pienamente conto della valutazione della Commissione; ii) le altre misure di solidarietà pertinenti [...] e il livello di tali misure necessario per affrontare la situazione di crisi; iii) l'importo complessivo delle misure di solidarietà da prelevare dalla riserva annuale di solidarietà; iv) gli impegni aggiuntivi necessari per coprire le esigenze per affrontare le situazioni di crisi, se gli impegni esistenti nella riserva annuale di solidarietà non sono sufficienti; v) il contributo specifico di ciascun

solidarietà ritenute idonee ad affrontare la specifica situazione di crisi, forza maggiore o strumentalizzazione che venga “dimostrata” dallo Stato membro e “stabilita” dalla Commissione europea, infatti, non è di per sé una operazione scevra da valutazioni politiche su cui vengono ad insistere diversi interessi statuali che il Consiglio per sua stessa vocazione e ruolo non potrà disattendere.

5. *Il regolamento crisi e forza maggiore: una occasione persa per superare il modello stato-centrico nello spazio comune d'asilo*

L'approccio securitario che caratterizza la recente riforma del sistema comune di asilo consente di spiegare il compromesso politico che ha portato a “comprimere” il ruolo esecutivo della Commissione tra la volontà dello Stato membro che richiede il riconoscimento dello stato di crisi, forza maggiore e strumentalizzazione e la volontà del Consiglio che stabilisce le deroghe e le misure di solidarietà da attuare.

Sebbene il regolamento crisi e forza maggiore presenti il pregio di elevare a interesse fondamentale dell'Unione il buon funzionamento del sistema comune d'asilo, esso finisce comunque con il preservare la volontà degli Stati membri in tale ambito attraverso un sistema di *governance* che pone al centro la competenza esecutiva del Consiglio nel dare attuazione agli strumenti giuridici contemplati per affrontare situazioni che mettano a repentaglio le funzioni essenziali dello Stato membro richiedente.

In tal modo viene perpetuato un modello di *governance* “stato-centrico” che rischia di contraddire non solo l'intento di normalizzazione delle situazioni di crisi e forza maggiore rinvenibile nella scelta dell'art. 78, par. 2, TFUE quale base giuridica del regolamento *de quo* ma anche lo “spirito” della competenza esecutiva del Consiglio così come definita in termini restrittivi nel trattato. Come giustamente notato in dottrina, le attribuzioni di competenza esecutiva al Consiglio che non siano motivate o che siano motivate semplicemente con riferimento alla natura sensibile delle misure di attuazione da adottare rischiano di violare l'equilibrio interistituzionale previsto nei trattati. In questa prospettiva, la sensibilità attuale o percepita delle situazioni di crisi o di forza maggiore in materia

Stato membro impegnato conformemente alla quota equa obbligatoria calcolata secondo la chiave di riferimento di cui all'art. 66 del regolamento (UE) 2024/1351».

di migrazioni e asilo non potrebbe da sola giustificare la deroga all'esercizio delle competenze esecutive da parte della Commissione europea³⁵.

In base a tali considerazioni, sembra si possa quanto meno paventare il rischio che il regolamento crisi e forza maggiore, pur presentando interessanti elementi innovativi in riferimento tanto alla definizione dei suoi presupposti di applicazione quanto alla struttura di *governance* ivi definita, rimanga comunque impantanato nel suo stesso modello di gestione "ordinaria" di situazioni "straordinarie" non riuscendo ad emanciparsi da una prospettiva stato centrica per garantire la stabilità e il buon funzionamento del sistema comune di asilo quale espressione di un interesse fondamentale dell'Unione.

³⁵ Sul punto v. M. CHAMON, *Only Fans of the Council's Implementing Powers in Luxemburg*, cit., p. 1694. A sostegno di tale assunto, l'Autrice sottolinea come il nuovo regolamento sulla comitologia, a differenza del precedente pre-Lisbona, riconosce esplicitamente alla Commissione europea la competenza ad adottare misure di esecuzione ai sensi dell'art. 291, par. 2, TFUE anche in settori particolarmente sensibili per cui *a fortiori* la mera sensibilità di una determinata materia non è più una ragione sufficiente per affidare competenze di esecuzione al Consiglio.

Abstract (ita)

Il “regolamento crisi e forza maggiore” si presenta come un “inedito” introdotto nel nuovo pacchetto migrazioni e asilo con l’obiettivo di garantire il funzionamento del sistema comune di asilo in situazioni di destabilizzazione degli Stati membri. L’atto normativo in questione è stato oggetto di attente riflessioni relative in particolare al suo rapporto con la direttiva sulla protezione temporanea e al suo impatto sui diritti dei richiedenti asilo. Il presente lavoro vuole focalizzare l’attenzione sul modello proposto di *governance* per la gestione ordinaria di situazioni straordinarie a livello sovranazionale, con particolare riferimento alle competenze esecutive attribuite alla Commissione europea e al Consiglio anche al fine di valutarne l’effettività e la coerenza rispetto ai Trattati.

Abstract (eng)

The new immigration and asylum package includes the “Crisis and Force Majeure Regulation” to ensure that Member States can handle situations that impact the operation of the common asylum system. It has raised important questions concerning its relationship with the Temporary Protection Directive and its impact on the rights of asylum seekers. The focus of this paper is on the governance of extraordinary situations at supranational level. The European Commission and the Council’s executive powers to apply derogations and solidarity measures will be examined to assess their effectiveness and consistency with the Treaties.

PAESI DI ORIGINE “SICURI” E SISTEMA COMUNE EUROPEO DI ASILO

Francesco Cherubini*

SOMMARIO: 1. Paesi sicuri e diritto internazionale. – 2. La nozione di Pos: a) nella disciplina europea in vigore. – 3. *Segue*: b) nella attuazione che vi ha dato il legislatore italiano. – 4. *Segue*: c) nel nuovo regolamento “procedure”. – 5. La rilevanza del concetto di Pos a) nella disciplina europea in vigore. – 6. *Segue*: b) nella attuazione che vi ha dato il legislatore italiano. – 7. *Segue*: c) nel nuovo regolamento “procedure”. – 8. Qualche considerazione conclusiva.

1. *Paesi sicuri e diritto internazionale*

La nozione di “paese sicuro”, anche fuori dai confini dell’Unione, non è ignota alla prassi del diritto internazionale dei rifugiati, che ne conosce un uso strumentale al perseguimento di diverse finalità, a seconda dei casi¹. Essa costituisce una “presunzione di priorità”, il presupposto della quale è che un determinato Stato, terzo rispetto a quello cui l’interessato chiede protezione, garantisca o possa garantire a costui un rispetto adeguato dei diritti fondamentali: una tutela equivalente, in altre parole, a quella che il paese in cui la presunzione opera può offrire. La base logico-giuridica di questa presunzione è radicata nella natura sussidiaria della responsabilità di offrire protezione: ove il richiedente intrattenga o abbia intrattenuto un rapporto privilegiato con un determinato Stato terzo, è ad esso che la responsabilità di protezione può essere prioritariamente riconosciuta.

Le declinazioni più note del concetto di paese sicuro sono due: accomunate dalle condizioni alle quali la loro applicazione è considerata conforme al diritto internazionale; si distinguono, invece, in ragione della relazione fra l’individuo interessato e lo Stato terzo cui è attribuita una prioritaria responsabilità di protezione.

* Professore associato di Diritto dell’Unione europea presso la Luiss «Guido Carli».

¹ Per la prassi più risalente v., *ex multis*, K. HAILBRONNER, *The Concept of “Safe Country” and Expeditious Asylum Procedures: A Western European Perspective*, in *IJRL*, 1993, p. 31 ss.; A. ACHERMANN, M. GATTIKER, *Safe Third Countries: European Developments*, in *IJRL*, 1995, p. 129 ss. Più di recente, L. FELINE FREIER, E. KARAGEOGIOU, K. OGG, *The Evolution of Safe Third Country Law and Practice*, in C. COSTELLO, M. FOSTER, J. MCADAM (eds.), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford, 2021, p. 518 ss.

La prima, e più labile, è quella di “paese terzo sicuro”: un luogo in cui la protezione non è ancora stata riconosciuta, ma che potenzialmente potrebbe esserlo, a condizioni tali da garantire determinati standard di rispetto dei diritti umani². La seconda, solo di poco più solida, è quella di “paese di primo asilo”: un luogo in cui il richiedente ha già trovato protezione, offerta, anche qui, in corrispondenza di una soglia minima di rispetto di determinati standard di tutela³. L'elemento in comune a queste due nozioni è quello della natura sicura dei luoghi cui si riferiscono, la quale è provata da molteplici elementi, tutti in qualche modo rivolti ad escludere che il richiedente, una volta allontanatovi, non rischi di subire violazioni gravi dei propri diritti fondamentali⁴. Diverso è invece l'approccio relativo al legame fra il richiedente, da un lato, e il paese sicuro, dall'altro: nel paese di primo asilo il richiedente è già un rifugiato (o beneficia comunque di uno *status* simile), mentre nel paese terzo sicuro può solamente accedere alla procedura per essere riconosciuto come tale.

Come si è detto, le condizioni *de quibus* vanno lette nella prospettiva di conformità del concetto di paese sicuro al diritto internazionale, soprattutto quello dei rifugiati⁵. Altro è necessario sotto il profilo della sua pratica applicazione: che lo Stato terzo in questione sia disposto a (ri)prendere il richiedente, il quale, vale la pena di ricordare, non ne è cittadino⁶. Ciò rende indispensabile, ogniquale volta uno Stato intenda “trasferire” un richiedente protezione verso un paese sicuro, il consenso di quest'ultimo⁷. Ed è ciò che dà vita ad un panorama di accordi internazionali nei quali obblighi del genere sono reciprocamente assunti: accordi per la condivisione di sistemi di gestione delle domande di protezione internazionale (come accade nell'UE, con il Sistema Dublino⁸); accordi di riammissione

² Su cui v. R. HOFMANN, T. LÖHR, *Introduction to Chapter V: Requirements for Refugee Determination Procedures*, in A. ZIMMERMANN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*, Oxford, 2011, in spec. p. 1111 ss.

³ V. ancora R. HOFMANN, T. LÖHR, cit., p. 1114 ss.

⁴ Compresa, ovviamente, la violazione del divieto di *refoulement*.

⁵ Ove lo si ritenga opportuno, F. CHERUBINI, *Asylum Law in the EU*, London, 2015, p. 82 ss.

⁶ O, se apolide, non vi ha posto la dimora abituale.

⁷ Che non sarebbe invece necessario se lo Stato verso cui il richiedente viene trasferito fosse quello di cittadinanza o, per l'apolide, di dimora abituale: v. G. S. GOODWIN-GILL, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, 1978, p. 136 ss., e, più di recente, K. HAILBRONNER, *Readmission Agreements and the Obligation on States under Public International Law to Readmit their Own and Foreign Nationals*, in ZAÖRV, 1997, p. 1 ss.

⁸ Il quale, evidentemente, presuppone che ogni Stato parte del sistema di *burden sharing*

o produttivi di più complesse forme di cooperazione (come il *migration outsourcing*)⁹.

Benché vi sia una drammatica assonanza con i concetti appena, seppur brevemente, descritti, quello di “Paese di origine sicuro” (o anche “Pos”), che ci occuperà nelle prossime pagine, è radicalmente diverso. Esso non opera sul piano della priorità, ma introduce una vera e propria presunzione di insussistenza delle condizioni per il riconoscimento di una qualche forma di protezione: qui, è lo Stato di cittadinanza¹⁰ ad offrire una protezione adeguata, il che dunque esclude alla radice che l’individuo interessato *sia* un rifugiato o meritevole di una qualche forma di protezione alternativa. Il riscontro forse più chiaro di questa radicale differenza può essere identificato sul piano procedurale: nel diritto dell’UE, la presenza di un qualunque paese terzo sicuro è motivo di inammissibilità della domanda, la quale dunque non viene valutata nel merito¹¹; quella di un paese di origine sicuro, invece, determina la infondatezza della medesima¹².

Nelle pagine che seguono verrà fornito il diagramma della nozione di Pos ed isolate le sue irradiazioni sotto il profilo procedurale (quale presupposto della procedura accelerata e/o di frontiera/transito), di merito (quale presupposto di una decisione di infondatezza o di manifesta infondatezza

sia sicuro, come afferma il considerando n. 3 del regolamento, detto “Dublino III”, (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

⁹ Ove si volesse, F. CHERUBINI (a cura di), *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, 2015.

¹⁰ In caso di apolidia, lo Stato di dimora abituale.

¹¹ I casi di inammissibilità sono elencati dall’art. 33 della direttiva “procedure” (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) e hanno tutti a che fare con la natura sicura di un paese terzo (con le sole eccezioni delle domande reiterate e di quelle “riunite”): anzitutto, la domanda è inammissibile quando un altro Stato (sicuro: v. *supra*, nota 8) parte del Sistema Dublino sia competente ad esaminarla; poi, quando un altro Stato membro UE ha già concesso protezione internazionale; infine, in corrispondenza dell’applicazione delle ipotesi di paese di primo asilo e di paese terzo sicuro, regolate, rispettivamente, dagli artt. 35 e 38 della direttiva “procedure”.

¹² Secondo l’art. 32 della direttiva “procedure”, «gli Stati membri possono ritenere infondata una domanda solo se l’autorità accertante ha stabilito che al richiedente non è attribuibile la qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE», il che, come detto, accade (anche) nella ipotesi in cui il richiedente proviene da un paese di origine sicuro.

za), degli effetti sulla permanenza del “denegato” sul territorio dello Stato (membro) interessato, sia nella prospettiva delle norme europee in vigore, sia di quelle di esse attuative, adottate dal legislatore italiano, sia, infine, in vista del passaggio al nuovo regime – quello che va sotto il nome di “Patto sulla migrazione e l’asilo”¹³.

2. *La nozione di Pos: a) nella disciplina europea in vigore*

Nella direttiva “procedure” attualmente in vigore, destinata ad essere abrogata e sostituita dal regolamento 2024/1348 a partire dal 12 giugno 2026¹⁴, l’introduzione della nozione di Pos è rimessa alla facoltà degli Stati membri dall’art. 37. Esso, in combinato con l’art. 36, pone le seguenti condizioni: i) il rispetto dell’Allegato I della direttiva; ii) che la domanda del richiedente venga esaminata individualmente ed egli non abbia invocato (e dimostrato la presenza di) gravi motivi per escludere che, nel suo specifico caso, nel Pos in questione sarebbe esposto al rischio di subire le violazioni che normalmente sono alla base del riconoscimento dello *status* di protezione internazionale; iii) la presenza di un criterio di collegamento fra il richiedente e il Pos.

¹³ Sotto questa etichetta vanno le misure di riforma del Sistema comune europeo di asilo, proposte dalla Commissione europea; essa ha operato in modo diverso a seconda della misura considerata. Per alcune, si è limitata a sostenere le proposte formulate dalla precedente Commissione (Juncker), incoraggiando il Parlamento europeo e il Consiglio, già in una fase avanzata dei negoziati, a concluderli: è accaduto per le proposte poi divenute regolamento (UE) 2021/2303 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2021, relativo all’Agenzia dell’Unione europea per l’asilo, direttiva (UE) 2024/1346 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, “accoglienza”, regolamento (UE) 2024/1347 del Parlamento europeo e del Consiglio, in pari data, “qualifiche”, e regolamento (UE) 2024/1350 del Parlamento europeo e del Consiglio, in pari data, “reinsediamento”. Per altre misure, la Commissione ha modificato le proposte originarie avanzate dalla Commissione Juncker: esse sono state poi approvate quali regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, “procedure”, e regolamento (UE) 2024/1358 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, “Eurodac”. Infine, ha proposto soluzioni *ex novo*, volte ad incidere anche sul Sistema Dublino, destinato a essere sostituito dal regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell’asilo e della migrazione; le altre “nuove” proposte sono poi divenute regolamento (UE) 2024/1356 del Parlamento europeo e del Consiglio, in pari data, che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne, e regolamento (UE) 2024/1359 del Parlamento europeo e del Consiglio, in pari data, concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell’asilo.

¹⁴ Artt. 78-79 del regolamento “procedure, sopra citato (v. nota 13).

Quanto alla condizione *sub i*), l'Allegato I isola gli elementi sulla base dei quali la presunzione può operare¹⁵, associandoli, nel contempo, alla dimostrazione che, *generalmente e costantemente*, essi escludono la presenza dei motivi che giustificano la protezione internazionale. In altre parole, la direttiva abilita gli Stati ad introdurre nel proprio ordinamento giuridico quella che abbiamo chiamato presunzione di insussistenza: gli elementi di cui sopra legittimano la deduzione secondo cui lo Stato in questione non "genera" persone meritevoli di protezione internazionale. Vale la pena notare che la direttiva attualmente in vigore elimina una opzione, pure presente nel vecchio impianto¹⁶: la facoltà, per gli Stati membri, di introdurre una eccezione alla designazione del Pos per una parte del suo territorio, evidentemente non sicura.

Della condizione in parola è complemento quella *sub ii*): l'uso degli avverbi «generalmente e costantemente» evoca la natura relativa della presunzione, contro la quale dunque è ammessa prova contraria, per fornire la quale la domanda del richiedente deve essere, *in ogni caso*, valutata individualmente. Tale imperativa necessità si deve proprio al margine che la presunzione lascia aperto: lo Stato in questione *di norma* non "genera" persone meritevoli di protezione internazionale, dovendosi pur sempre esplorare ogni caso individuale, allo scopo di trovare quello, eventuale, in cui, per un singolo richiedente, il paese in questione si rilevi tutt'altro che sicuro.

Infine, il criterio di collegamento che, naturalmente, deve essere quello della cittadinanza¹⁷ – il che, come detto, distingue l'ipotesi del Pos da quelle in cui il paese sicuro sia un "comune" Stato terzo che abbia offerto protezione, in subordine a quella principale, che spetta sempre allo Stato di origine.

¹⁵ Lo *status* giuridico, l'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico, la situazione politica generale, tenendo conto, tra l'altro, «della misura in cui viene offerta protezione contro le persecuzioni ed i maltrattamenti mediante: a) le pertinenti disposizioni legislative e regolamentari del paese ed il modo in cui sono applicate; b) il rispetto dei diritti e delle libertà stabiliti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e/o nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e/o nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, in particolare i diritti ai quali non si può derogare a norma dell'articolo 15, paragrafo 2, di detta Convenzione europea; c) il rispetto del principio di "non-refoulement" conformemente alla convenzione di Ginevra; d) un sistema di ricorsi effettivi contro le violazioni di tali diritti e libertà».

¹⁶ Stabilito dalla direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, in specie dal suo art. 30, par. 1.

¹⁷ O, per l'apolide, della dimora abituale.

In una ormai celebre sentenza dell'ottobre 2024¹⁸, la Corte di giustizia si è spesa non poco sulla determinazione del Pos, come disciplinata dalla direttiva “procedure”: essa ha chiaramente affermato che le designazioni nazionali non possono includere eccezioni di natura territoriale¹⁹. Nel caso in esame, si trattava della designazione, operata dal diritto ceco, della Repubblica di Moldavia, con l'esclusione del territorio della Transnistria (ritenuto, dunque, dalle autorità ceche non sicuro). La posizione assunta dalla Corte – il vero motivo che ne ha determinato la vasta eco – ha prodotto, nell'ordinamento italiano, una cascata di rinvii pregiudiziali²⁰, tutti volti ad ottenere dai giudici di Lussemburgo una parola (forse non definitiva) sulla interpretazione delle pertinenti norme della direttiva “procedure” in relazione alle scelte fatte dal nostro legislatore.

¹⁸ Corte giust. 4 ottobre 2024, C-406/22, *CV/Ministerstvo vnitra České republiky*. In letteratura: E. BELARDO, *Il concetto di “Paese sicuro” nel diritto dell'Unione europea. La sentenza della CGUE nella causa C-406/22 come ostacolo al paradigma di esternalizzazione? Il caso italiano*, in *OIDU*, 2024, p. 1019 ss.; M. COMETTI, *La sentenza della Corte di Giustizia del 4 ottobre 2024, causa C-406/22, secondo una prospettiva “interna” e di diritto dell'Unione Europea*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2024, reperibile online; G. GUZZETTA, *La sentenza della Corte di Giustizia del 4 ottobre 2024 in C-406/22 e i suoi riflessi sull'ordinamento interno e sul regime dei paesi terzi di origine sicuri*, in *In Itinere*, 2024, p. 7 ss.

¹⁹ *CV/Ministerstvo vnitra České republiky*, sopra citata, spec. punti 63-83. La Corte era anche chiamata a decidere se, in caso di utilizzo da parte di uno Stato terzo della clausola di deroga prevista dall'art. 15 CEDU, la sua natura sicura potesse essere esclusa *de plano*, interpretazione peraltro negata dalla Corte (punti 45-62); e a chiarire i limiti del potere autonomo del giudice di indagare sulla bontà della designazione Pos da parte delle autorità nazionali, questione su cui v. *infra*, nota 43.

²⁰ Ben nove sono giunte dal Tribunale ordinario di Roma: quelle del 4 novembre 2024, C-758/24, *Alace* (poi *LC*), e del 5 novembre 2024, C-759/24, *Canpelli* (poi *CP*) sono state riunite con decisione del Presidente della Corte, del 21 novembre 2024, e poi ammesse al procedimento accelerato *ex art.* 105 del regolamento di procedura della Corte di giustizia con ordinanza del Presidente, del 29 novembre 2024. Le altre sette ordinanze “romane” di rinvio, tutte del 13 novembre 2024 (C-780/24, *Leusi*; C-781/24, *Vensaro*; C-782/24, *Ceperti*; C-783/24, *Vertelsa*; C-784/24, *Pasecco*; C-785/24, *Vitrandi*; C-786/24, *Trestemi*) sono state sospese il 21 novembre 2024, la Corte ritenendo che le questioni sollevate dalle prime due avrebbero fornito indicazioni sufficienti per rispondere a tutte le altre. Stessa sorte per le ordinanze rimanenti: dal Tribunale di Bologna (29 ottobre 2024, C-750/24, *Ortera*), da quello di Firenze (4 giugno 2024, C-388/24, *Oguta*, e, in pari data, C-389/24, *Dalao*), da quello di Palermo (6 novembre 2024, C-763/24, *Mibone* e, in pari data, C-764/24, *Capurteli*). Sui rinvii v. P. IANNUCELLI, *“Paesi d'origine sicuri”: la situazione processuale delle cause pendenti davanti alla Corte di giustizia*, in *RCE*, n. 3, 2024; M. SAVINO, *Se i giudici tornassero a occuparsi del caso concreto? L'impasse sui Paesi terzi sicuri e una possibile via di uscita*, in *ADiM Blog*, novembre 2024, reperibile online.

Con la consueta formula “ostativa”, i quesiti posti di fronte alla Corte possono essere così sintetizzati: se un legislatore nazionale possa procedere a designare direttamente, con atto legislativo primario, uno Stato terzo come Pos; se possa farlo senza rendere accessibili e verificabili le fonti adoperate per giustificare tale designazione; se, nel corso di una procedura accelerata di frontiera da Pos, il giudice possa in ogni caso utilizzare informazioni sul paese di provenienza, attingendole autonomamente dalle fonti di cui al par. 3 dell’art. 37 della direttiva “procedure”²¹; se è possibile designare uno Stato terzo quale Pos ove vi siano, in tale Stato, categorie di persone per le quali esso non soddisfa le condizioni sostanziali di siffatta designazione, enunciate dall’Allegato I della direttiva “procedure”²².

3. Segue: *b) nella attuazione che vi ha dato il legislatore italiano*

L’Italia aveva deciso di utilizzare la facoltà prevista dall’art. 37 della direttiva “procedure” con modalità che nel tempo si sono modificate. In un primo momento, fu introdotto un art. 2-*bis* nel d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25²³: riprendendo quasi integralmente la lettera dell’Allegato I della direttiva, la norma affidava la individuazione dei Pos ad un decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, da adottarsi di concerto con i Ministri dell’interno e della giustizia. L’art. 1 del d. l. 23 ottobre 2024, n. 158, ha modificato detto art. 2-*bis*: individuando, al co. 1, direttamente l’elenco dei Pos²⁴; eliminando l’eccezione territoriale (ma non quella

²¹ «La valutazione volta ad accertare che un paese è un paese di origine sicuro a norma del presente articolo si basa su una serie di fonti di informazioni, comprese in particolare le informazioni fornite da altri Stati membri, dall’EASO, dall’UNHCR, dal Consiglio d’Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti». Sui poteri del giudice (italiano) in relazione alla nozione e all’utilizzo del concetto di Pos si è nel frattempo pronunciata anche la Corte di Cassazione, I sez. civile, 19 dicembre 2024, n. 33398: su di essa v. M. COMETTI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sul rinvio pregiudiziale, ex art. 363 bis cpc, in tema di Paesi di origine sicura*, in RCE, n. 1, 2025, p. 1 ss.; F. L. GATTA, *Intrigo internazionale: il complesso intreccio giurisprudenziale sulla nozione di “paese sicuro” tra Roma, Lussemburgo e Strasburgo*, in SIDIblog, 19 gennaio 2025, reperibile online.

²² Più di recente, domande in parte simili sono state poste dal Verwaltungsgericht Berlin, il 9 dicembre 2024, C-839/24, *Casamance* (poi ZP).

²³ Il d.lgs. 25/2008 attuava, originariamente, la prima versione, del 2005 (in nota 16), della direttiva “procedure”; la modifica in esame venne introdotta dall’art. 7-*bis* del d. l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132.

²⁴ Albania, Algeria, Bangladesh, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Costa d’Avorio, Egit-

relativa ad una categoria di persone, presente già nella versione precedente); e inserendo un co. 4-*bis* relativo agli aggiornamenti della lista dei Pos. La legge di conversione poi abrogava il d. l., facendone salvi gli effetti intertemporali e reiterandone le norme negli emendamenti ad un distinto d.l., che veniva contestualmente convertito con modificazioni²⁵.

La risposta della Corte in merito alla conformità di questo impianto al diritto dell'Unione è, al momento in cui scriviamo, attesa per il 1° agosto 2025, ma nel frattempo è arrivata quella dell'Avvocato generale de la Tour ("AG")²⁶.

Va intanto detto che le disposizioni richiamate nelle due ordinanze di rinvio non appaiono del tutto pertinenti²⁷: lo sono gli artt. 36 e 37 della direttiva "procedure"; non lo è il suo art. 38²⁸, che si riferisce all'assai differente nozione di "paese terzo sicuro", per la quale requisiti sostanziali e condizioni procedurali sono affatto diversi rispetto a quelli relativi alla nozione di Pos.

In relazione alla prima questione: né l'art. 36 né l'art. 37 indicano modalità specifiche di attuazione della nozione di Pos, limitandosi il primo ad enunciare le condizioni preliminari per l'applicazione di tale nozione ad un singolo richiedente²⁹, il secondo a richiamare le condizioni sostanziali per l'identificazione di un Pos, previste nell'Allegato I della direttiva in parola. Giacché essa non impone modalità specifiche per la propria attuazione, riteniamo debbano applicarsi i principi generali individuati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui gli Stati membri sono obbligati a scegliere, nell'ambito discrezionale lasciato dall'art. 288, comma 3, TFUE, «le forme ed i mezzi più idonei a garantire l'efficacia reale delle direttive,

to, Gambia, Georgia, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Perù, Senegal, Serbia, Sri Lanka e Tunisia.

²⁵ Le norme in questione sono dunque oggi mantenute nell'art. 2-*bis* del d.lgs. 25/2008 per effetto delle modifiche previste dall'art. 12-*bis* del d.l. 11 ottobre 2024, n. 145, convertito con modificazioni dalla l. 9 dicembre 2024, n. 187.

²⁶ Conclusioni dell'Avv. gen. De la Tour, del 10 aprile 2025, C-758/24 e C-759/24, *LC e CP*. Per un primo commento: M. FERRI, *Le conclusioni dell'avvocato generale Richard de La Tour sui paesi di origine sicuri: qualche ombra e molte luci (pro-futuro)*, in *RCE*, n. 2, 2025, p. 1 ss.

²⁷ Così anche l'Avvocato generale de la Tour, conclusioni *LC e CP*, sopra citate (v. nota 26), par. 31.

²⁸ Ordinanza del Tribunale ordinario di Roma del 31 ottobre 2024, 44346/2024 R.G., *LC*, punto 16.

²⁹ La presenza di un criterio di collegamento e l'assenza di gravi motivi per escludere che, nel caso specifico, nel Pos in questione egli sarebbe esposto al rischio di subire le violazioni che normalmente sono alla base del riconoscimento dello *status*.

tenuto conto del loro scopo»³⁰. In genere, non è l'uso *ad abundantiam* di una fonte gerarchica di natura primaria a spingere forme e mezzi al di sotto della soglia di idoneità, ma semmai l'opposto affidamento della attuazione delle direttive a fonti secondarie e finanche a prassi applicative, queste sì, secondo la Corte, inidonee a corrispondere pienamente le «esigenze di chiarezza e di certezza delle situazioni giuridiche volute dalle direttive stesse»³¹. Con il limite "superiore", che l'AG rammenta³², del principio del primato, frontiera invalicabile volta a garantire la piena efficacia del diritto UE.

Del resto, l'argomento contenuto nelle ordinanze in esame secondo cui la soppressione della «struttura bifasica del procedimento di designazione dei Paesi di origine sicuri»³³ determinerebbe «il risultato che la designazione del Paese di origine sicuro potrebbe avvenire anche derogando tacitamente alla disciplina generale e quindi senza rispettare i criteri da quest'ultima stabiliti»³⁴, non tiene conto del fatto che detti criteri non potrebbero far altro che riprodurre, come in effetti riproducono, quelli previsti dalla direttiva "procedure", la quale dunque finirebbe per costituire il limite sostanziale insuperabile sia della disciplina generale delle modalità e dei criteri della designazione del Pos, sia della designazione stessa, con la conseguenza che ad entrambe sarebbe inibito derogare a criteri comuni, quelli appunto fissati dalla direttiva.

Infine, va ricordato che, nell'annullare le norme della prima direttiva "procedure" relative alla designazione europea di Pos³⁵, la Corte di giustizia non ha affatto escluso che tale designazione potesse scaturire da una procedura legislativa, quale quella, allora in vigore, di codecisione³⁶, così ammettendo, *mutatis mutandis*, che con fonte primaria si potesse introdurre sia la disciplina generale delle modalità e dei criteri della designazione Pos, sia la designazione stessa.

La seconda e terza questione si riducono, in breve, ad ottenere una risposta sull'obbligo delle autorità statali di rendere pubbliche (o, quantomeno, fornire) le informazioni sulla base delle quali è stata fatta una designa-

³⁰ Corte giust. 8 aprile 1976, 48/75, *Royer*, punti 69-73.

³¹ Corte giust. 6 maggio 1980, 102/79, *Commissione/Belgio*, punto 11.

³² Conclusioni *LC e CP*, sopra citate (v. nota 26), par. 38 ss.

³³ Ordinanza del Tribunale ordinario di Roma, *LC*, sopra citata (nota 28), punto 42.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Artt. 29, nn. 1 e 2, e 36, n. 3, della direttiva 2005/85/CE, cit. (v. nota 16).

³⁶ Corte giust. 6 maggio 2008, C-133/06, *Parlamento/Consiglio*, *passim* ma spec. punto 63. Per un ampio commento, v. A. MASSON, *Les conditions de validité des bases juridiques dérivées à la suite de l'arrêt du 6 mai 2006*, in *CDE*, 2008, p. 157 ss.

zione Pos e sugli autonomi poteri di indagine del giudice. Secondo l'AG, «contrariamente al regime previgente, l'atto che designa paesi terzi come paesi di origine sicuri *non rivelerebbe* le fonti di informazione specifiche sulla cui base il legislatore italiano ha valutato la sicurezza di detto paese [il Bangladesh]»³⁷. Ora, è vero che il nuovo art. 2-*bis* del d.lgs. 25/2008 non riprende, formalmente, le schede-paese che erano invece richiamate dal precedente decreto di designazione³⁸; è lecito ritenere, tuttavia, che l'individuazione dei Pos poggi ancora su quelle schede, come per certi versi si evince da documenti interni del Parlamento³⁹. L'AG non entra nel merito, limitandosi ad offrire qualche considerazione generale, a valle della quale conclude sostenendo che gli Stati membri sono obbligati a diffondere le fonti cui hanno attinto per la designazione.

A tale proposito, l'art. 46 della direttiva "procedure", subito puntualmente richiamato dall'AG⁴⁰, impone agli Stati membri l'obbligo di predisporre un ricorso effettivo a beneficio del richiedente protezione contro, fra l'altro, le decisioni di diniego, compresa quella di manifesta infondatezza basata sulla provenienza da un Pos, quand'anche essa segua una procedura accelerata, anche ove svolta alla frontiera o in zona di transito. Benché la direttiva sembri mettere in relazione il diritto ad un ricorso effettivo con la sola decisione individuale e non anche con la designazione prevista dall'art. 37, va tuttavia rilevato che quest'ultima è di per sé produttiva di un sicuro, autonomo, effetto giuridico e di altri possibili, a seconda delle scelte del legislatore nazionale. Il primo è contenuto nell'art. 36, par. 1, della direttiva "procedure": ove resti dimostrata la presenza di un criterio di collegamento fra il Pos e il richiedente, su quest'ultimo graverà l'onere di invocare (e di-

³⁷ Conclusioni *LC e CP*, sopra citate (v. nota 26), par. 43 (corsivo aggiunto).

³⁸ Decreto del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con il Ministero dell'interno e quello della giustizia, del 7 maggio 2024, in specie il preambolo, ove si rinvia all'appunto «n. MAECI_1311_06/05/2024_0056895-I del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, con il quale sono state trasmesse le schede contenenti le determinazioni relativamente ai seguenti Paesi: Albania, Algeria, Bangladesh, Bosnia-Erzegovina, Camerun, Capo Verde, Colombia, Costa d'Avorio, Egitto, Gambia, Georgia, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Nigeria, Perù, Senegal, Serbia, Sri Lanka e Tunisia». Rispetto alla lista attualmente vigente (v. nota 24), compaiono in quella del decreto in questione anche tre Stati (Camerun, Colombia e Nigeria), poi espunti dal d. l. 23 ottobre 158/2024, la cui sorte assai originale è stata già descritta (nota 25).

³⁹ Dossier XIX Legislatura, 25 novembre 2024, Disposizioni urgenti in materia di lavoratori stranieri, caporalato, flussi migratori e protezione internazionale, D.L. 145/2024 – A.C. 2088-A, spec. p. 115 ss.

⁴⁰ Conclusioni *LC e CP*, sopra citate, par. 45.

mostrare la presenza di) gravi motivi per ritenere che, nel suo caso specifico, la sicurezza del paese di provenienza venga meno. Gli altri, frutto delle scelte del legislatore italiano, consistono nella adozione, per richiedenti provenienti da Pos, di una procedura accelerata che può svolgersi anche alla frontiera e che a sua volta determina tutta una serie di effetti sulla posizione del richiedente⁴¹. Ebbene, nonostante la stessa direttiva non abbia ritenuto di dover allargare il diritto ad un ricorso effettivo alle decisioni con cui un richiedente viene assegnato ad una procedura accelerata Pos⁴², svolta eventualmente anche alla frontiera, la conformità di tale decisione al diritto interno ed UE deve poter essere messa in discussione di fronte al giudice in sede di impugnazione della decisione (finale) di diniego. Qui, secondo la Corte di giustizia, è la designazione stessa ad essere oggetto di sindacato, operato, se necessario anche d'ufficio, dal giudice competente⁴³. Ed è evidente, come sottolinea l'AG, che il diritto ad un ricorso effettivo abbia quale presupposto «essenziale»⁴⁴ la divulgazione delle fonti che hanno determinato le autorità nazionali ad inserire uno Stato terzo nella lista Pos: diversamente, lo spazio di manovra per contestare tale decisione sarebbe indebitamente ridotto, più in là di quanto consentito, sul piano generale, dallo stesso art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione («[d]iritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale»).

Sulle modalità attraverso cui tale obbligo debba prendere forma, l'AG, in linea con la flessibilità dello strumento che lo impone, ipotizza opzioni diverse fra cui le autorità possono scegliere, ed è tale interpretazione che rende legalmente «agibile» la strada intrapresa dal legislatore italiano: «alleghando tali informazioni all'atto che designa taluni paesi terzi come paesi di origine sicuri o a un allegato a detto atto, oppure comunicandole in seguito, su domanda del richiedente o dell'autorità amministrativa o giudiziaria competente»⁴⁵.

⁴¹ Su di essi torneremo a breve, nel prossimo paragrafo.

⁴² Assunte, nel nostro ordinamento, dal Questore e poi confermate da una determina del Presidente della Commissione territoriale asilo competente.

⁴³ *CV/Ministerstvo vnitra České republiky*, sopra citata, punto 94, ove si legge: «anche se il ricorrente nel procedimento principale non ha espressamente invocato, in quanto tale, un'eventuale violazione delle norme previste dalla direttiva 2013/32 al fine di siffatta designazione per sottoporre la procedura di esame di una domanda di protezione internazionale di un richiedente proveniente da detto paese terzo al regime particolare che deriva dalla sua designazione come paese di origine sicuro, tale eventuale violazione costituisce un elemento di diritto che il giudice del rinvio deve prendere in considerazione nell'ambito dell'esame completo ed ex nunc imposto dall'articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva».

⁴⁴ Conclusioni *LC e CP*, sopra citate, par. 49 e, più diffusamente, parr. 52-61.

⁴⁵ *Ivi*, par. 62.

Sempre a seguire l'AG, ove le autorità nazionali non abbiano provveduto ad eseguire correttamente tale obbligo, privando dunque il ricorrente del pieno godimento del diritto ad un ricorso effettivo, il giudice sarebbe obbligato (o abilitato?) a «fondare il suo giudizio sulle fonti di informazione che [...] reputi maggiormente pertinenti per valutare la legittimità di detta designazione»⁴⁶.

Qui, la posizione dell'AG non sembra essere convincente: il dovere del giudice nazionale di ricercare in autonomia le informazioni relative alla situazione di un Pos non dipende dalla circostanza che le autorità abbiano divulgato le fonti di informazione. Così argomentando, si dovrebbe dedurre che, ove esse abbiano pienamente ottemperato a tale obbligo, fornendo con la più estesa diffusione possibile una lista di fonti pienamente esaustiva, al giudice sarebbero precluse la ricerca e la individuazione di fonti diverse, a conferma o confutazione della scelta fatta dalle autorità nazionali. Ma tale deduzione contrasterebbe platealmente con due punti fermi della giurisprudenza della Corte: che le fonti, pur così efficacemente predisposte, potrebbero non tenere conto di elementi nuovi nella situazione del Pos⁴⁷; che l'importanza di tale esame è tale da imporre al giudice di rilevare d'ufficio eventuali violazioni del diritto UE nella designazione dei Pos⁴⁸. Sicché dovrebbe, secondo noi, riconoscersi un autonomo potere di indagine del giudice, a prescindere da quanto «virtuose» siano state le autorità nazionali nel designare un Pos.

La quarta questione è, forse, la parte *core* del rinvio alla Corte: se, in assenza di una clausola abilitante, le autorità nazionali possano corredare la designazione con una eccezione per categoria. Nella versione originaria dell'art. 2-*bis* del d.lgs. 25/2008 era presente una clausola con eccezioni tanto territoriale che per categoria; poi la prima fu espunta dopo la sentenza della Corte di giustizia CV dell'ottobre 2024, nella quale essa aveva molto chiaramente affermato, come già si accennava sopra, la contrarietà di tale scelta al diritto UE⁴⁹. Le motivazioni fornite dalla Corte in quella occasione

⁴⁶ *Ivi*, par. 63. Poche righe più in là, lo stesso AG parrebbe cambiare tono: «[i]n caso di mancata divulgazione di dette fonti di informazione, l'autorità giudiziaria competente può controllare la legittimità di una siffatta designazione alla luce delle condizioni enunciate nell'allegato I a detta direttiva sulla base delle fonti di informazione che essa stessa ha raccolto [...]» (*ivi*, par. 64, corsivo aggiunto).

⁴⁷ CV/Ministerstvo vnitra České republiky, sopra citata, punto 88.

⁴⁸ *Ivi*, punto 94.

⁴⁹ CV/Ministerstvo vnitra České republiky, sopra citata, punti 63-83. L'intervento del legislatore, necessario per attuare la sentenza della Corte, era avvenuto con il più volte citato d. l. 23 ottobre 158/2024.

non lasciano molto spazio a dubbi su quanto potrà dire nella sentenza in arrivo, relativa all'altra eccezione, quella per categoria, mantenuta dal legislatore italiano. Fra gli altri, un argomento, di carattere generale, sembra insuperabile: il regime speciale Pos, fornendo la base per una deroga alla procedura ordinaria di esame di una domanda di protezione, deve essere interpretato in maniera restrittiva, il che esclude una sua estensione, tanto più se priva di «alcun sostegno nel testo di detto articolo 37 né, più in generale, in tale direttiva»⁵⁰.

L'AG, pur consapevole della posizione assunta dalla Corte⁵¹, propone la soluzione opposta. Egli fa leva su tre diversi argomenti, letterale, sistemico e teleologico: la formulazione delle norme della direttiva non esclude la facoltà di introdurre eccezioni per categoria⁵²; se la presunzione Pos ha natura relativa, non c'è motivo di escluderla *ex ante* solo per talune categorie di persone⁵³; tale eccezione, flessibilizzando la nozione di Pos, consentirebbe di velocizzare le procedure di esame più efficacemente, obiettivo che è fra i principali della direttiva⁵⁴.

Ora, il ragionamento dell'AG ha pure una propria coerenza, e v'è chi, ancor prima, aveva sollevato dubbi sulla possibilità di applicare alla eccezione per categoria il ragionamento che la Corte ha dedicato a quella territoriale⁵⁵. Benché, in effetti, si tratti di eccezioni di diversa natura, crediamo che gli argomenti della Corte si applichino persino meglio alla prima che alla

⁵⁰ *Ivi*, punto 71.

⁵¹ Conclusioni LC e CP, sopra citate, par. 71.

⁵² *Ivi*, par. 79, ove l'AG valorizza il significato del termine «generalmente», contenuto nell'Allegato I della direttiva "procedure". Ma l'argomento letterale è ripreso anche oltre, spec. al punto 85 ss., in cui l'AG fa invece leva sull'art. 36, par. 2, della stessa direttiva («[g]li Stati membri stabiliscono nel diritto nazionale ulteriori norme e modalità inerenti all'applicazione del concetto di paese di origine sicuro»).

⁵³ *Ivi*, par. 81, ove si legge: «se il legislatore dell'Unione impone alle autorità nazionali competenti di discostarsi (*ex post*) dalla presunzione di sicurezza di un paese ogniqualvolta esse stabiliscano, in esito a un esame individuale della domanda, che l'interessato può, in ragione della sua situazione individuale, essere esposto a un rischio di persecuzioni o di violazioni gravi nel suo paese di origine, allora non ravviso alcuna valida ragione che osti a che uno Stato membro decida, in esito alla valutazione generale di tale paese, di escludere (*ex ante*) dall'ambito di applicazione di detta presunzione la categoria o le categorie di persone che esso ha già identificato come a rischio in tale paese».

⁵⁴ *Ivi*, par. 82 ss.

⁵⁵ In specie, G. GUZZETTA, *op. cit.*, spec. p. 15 ss. Nella giurisprudenza interna, si è schierata contro l'automatica applicazione dei principi enunciati nella sentenza CV alla eccezione per categoria anche la Corte di Cassazione italiana: I sez. civile, ordinanza interlocutoria del 30 dicembre 2024, n. 22146, spec. punto 16 ss.

seconda eccezione. La logica di entrambe sta nell'ampliare, a beneficio del Sistema comune europeo di asilo, l'uso di uno strumento che giustifica un esame sommario delle domande provenienti da cittadini di Stati terzi che, «generalmente» (“di norma” o “quasi sempre”) e «costantemente» (in via stabile o permanente), non “producono” individui meritevoli di protezione internazionale. Lo strumento, il concetto di Pos, resterebbe infatti inutilizzabile per quei paesi in cui alcune aree o alcune categorie di persone fossero sottratte alla considerazione di cui sopra: perché non si potrebbe dire che esse (aree) siano improduttive (quasi sempre e in via stabile) di individui meritevoli di protezione o che (le categorie) siano (quasi sempre e in via stabile) adeguatamente protette. Le eccezioni aprono invece alla possibilità di seguire una procedura sommaria anche per paesi del genere (ovviamente, per aree e/o categorie da esse non contemplate). Ebbene, tale scelta va riconosciuta, secondo la Corte, solo al legislatore dell'UE, il quale è chiamato a bilanciare la necessità, da un lato, di avere procedure rapide con quella, dall'altro, di garantire un esame esaustivo delle domande, sicché «il fatto che *tale legislatore non abbia previsto*, nell'ambito di tale direttiva, la facoltà per gli Stati membri di escludere una parte del territorio di un paese terzo ai fini di una designazione siffatta rispecchia tale bilanciamento e la sua scelta di privilegiare un esame esaustivo delle domande di protezione internazionale presentate da richiedenti il cui paese d'origine non soddisfa, per tutto il suo territorio, le condizioni sostanziali di cui all'allegato I di detta direttiva»⁵⁶. E *tale legislatore*, nella stessa direttiva, parimenti non ha previsto una analoga facoltà in relazione ad alcune categorie di individui. Non solo: la Corte di giustizia, sollecitata a tenere conto del fatto che nel nuovo regolamento “procedure” tali eccezioni sono invece, come ora diremo, ammesse, ribadisce la «prerogativa del legislatore dell'Unione di *ritornare su tale scelta*, procedendo a un nuovo bilanciamento»⁵⁷.

L'eccezione geografica, in tale contesto, è meno complessa di quella per categoria⁵⁸: è infatti ragionevole non sottrarre a una procedura sommaria Pos individui che provengono da uno Stato che, per la presenza di ribelli, o di una occupazione straniera *et sim.*, non possa garantire una tutela adeguata di determinati diritti fondamentali in una o più determinate aree, come invece avviene nel resto del suo territorio. Ciononostante, la Corte ha preteso che tale scelta venisse espressamente manifestata dal legislatore dell'Unione: escludendola dunque laddove, come nella direttiva “procedure”, esso non

⁵⁶ CV/*Ministerstvo vnitra České republiky*, sopra citata, punto 81 (corsivo aggiunto).

⁵⁷ *Ivi*, punto 82 (corsivo aggiunto).

⁵⁸ Lo ammette anche l'AG: conclusioni *LC e CP*, sopra citate, par. 71.

lo ha fatto. L'eccezione per categoria, al contrario, dice molto meno sulla sicurezza complessiva di un paese: perché la presenza di taluni gruppi di individui che non sono, quasi sempre e in via stabile, adeguatamente protetti, è possibile indice di standard generali di tutela dei diritti fondamentali altrettanto inadeguati⁵⁹. Sicché, proprio seguendo la Corte, per tale eccezione il legislatore dell'Unione dovrebbe *a fortiori* assumere una posizione del tutto esplicita: e non lo ha fatto, con ciò escludendo la facoltà (implicita) degli Stati membri di introdurre l'eccezione in parola.

4. Segue: c) nel nuovo regolamento "procedure"

Pur non rivoluzionandone l'impianto complessivo⁶⁰, il nuovo regolamento "procedure" introduce nel regime dei Pos alcuni correttivi sul piano dei contenuti e del loro accertamento. In particolare, l'art. 61 del regolamento *de quo* conferma e precisa le condizioni sostanziali della nozione di Pos, senza peraltro ricorrere alla tecnica di rinviare ad un allegato⁶¹, ma "ripesca" (ed amplia) proprio l'elemento che la direttiva "procedure" attualmente in vigore aveva invece eliminato dall'impianto precedente⁶². Le eccezioni geo-

⁵⁹ Ed infatti lo stesso AG è comunque molto cauto nell'ammettere la facoltà degli Stati, nel regime al momento in vigore, di introdurre eccezioni per categoria: *ivi*, par. 88-92.

⁶⁰ Solo in corrispondenza dell'applicazione della nozione di Pos la domanda può essere ritenuta infondata (v. art. 39, par. 3, del regolamento "procedure", citato in nota 13), mentre le altre ipotesi di paesi sicuri sono inserite fra i motivi di inammissibilità (v. art. 38 dello stesso regolamento).

⁶¹ La situazione giuridica, l'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e la situazione politica generale, valutati in base alla «misura in cui è offerta protezione contro le persecuzioni e il danno grave mediante: a) le pertinenti disposizioni legislative e regolamentari del paese e il modo in cui sono applicate; b) il rispetto dei diritti e delle libertà stabiliti nella convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici o nella convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, in particolare i diritti ai quali non si può derogare a norma dell'articolo 15, paragrafo 2, di detta Convenzione europea; c) l'assenza di espulsione, allontanamento o estradizione di propri cittadini verso paesi terzi in cui, tra l'altro, sarebbero esposti al grave rischio di essere sottoposti alla pena di morte, alla tortura, alla persecuzione o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti, ovvero in cui la loro vita o libertà sarebbero minacciate a motivo della razza, della religione, della nazionalità, dell'orientamento sessuale, dell'appartenenza a un particolare gruppo sociale o delle opinioni politiche o ancora in cui sarebbero esposti al grave rischio di espulsione, allontanamento o estradizione verso un altro paese terzo; d) un sistema di ricorsi effettivi contro le violazioni di tali diritti e libertà».

⁶² Stabilito dalla direttiva 2005/85/CE, cit.

grafica e per categoria⁶³ vengono (re)introdotte, per cui nel nuovo sistema sarà possibile escludere che la presunzione operi per determinate aree geografiche del paese interessato (ad es., una sua regione) o per categorie di persone *chiaramente identificabili* (ad es., le donne)⁶⁴.

Nel nuovo regolamento non compare la precisazione (che, come detto, era però inserita *ad abundantiam*) in base alla quale gli elementi associati alla natura sicura del paese di origine debbano escludere *generalmente e costantemente* la presenza di un rischio. Permane, però, l'obbligo di riconoscere al richiedente la possibilità di ribaltare la presunzione, che dunque rimarrà relativa⁶⁵. Come pure resta confermata la presenza del criterio di collegamento in assoluto più solido⁶⁶ – invalicabile, per le ragioni più volte rappresentate, nel caso del Pos.

Sotto il profilo della designazione, il regolamento “procedure” introduce una importante innovazione, peraltro anche questa presente nella omonima direttiva del 2005⁶⁷. Oltre a mantenere la designazione nazionale facoltativa⁶⁸, il regolamento prevede anche la designazione da parte dell'Unione⁶⁹, che invece parrebbe configurarsi come atto dovuto. Essa avverrà tramite una modifica del regolamento stesso, che la Commissione ha già messo in cantiere⁷⁰, nel rispetto degli stessi parametri sostanziali esaminati sopra. Vale la pena notare che la designazione potrà essere oggetto di successive

⁶³ Peraltro, nella direttiva “procedure” del 2005 era presente solo l'eccezione di carattere geografico.

⁶⁴ «La designazione di un paese terzo come paese di origine sicuro a livello sia dell'Unione che nazionale può essere effettuata con eccezioni per determinate parti del suo territorio o categorie di persone chiaramente identificabili» (art. 61, par. 2, del regolamento “procedure”).

⁶⁵ V. art. 61, par. 5, lett. c), del regolamento “procedure”.

⁶⁶ La cittadinanza o, per l'apolide, la dimora abituale.

⁶⁷ La direttiva 2005/85 la regolava all'art. 29, che è stato poi però (in parte) annullata dalla Corte di giustizia, impedendone così l'applicazione: *Parlamento/Consiglio*, sopra citata. La direttiva “procedure” attualmente in vigore, come detto, non ha mantenuto questa opzione, benché vi sia stato un tentativo della Commissione Juncker di reintrodurla, con una proposta di modifica di alcune sue disposizioni, poi ritirata: v. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un elenco comune dell'UE di paesi di origine sicuri ai fini della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale, e che modifica la direttiva 2013/32/UE, Bruxelles, 9 settembre 2015, COM (2015) 452final.

⁶⁸ Art. 64 del regolamento “procedure”.

⁶⁹ *Ivi*, art. 62.

⁷⁰ V. nota 76.

modifiche, «[i]n caso di cambiamento significativo della situazione»⁷¹: ove i riscontri lo confermeranno, con atto delegato la Commissione potrà “congelare” la posizione del paese in questione per sei mesi. Se, entro tre mesi dall’adozione dell’atto delegato di sospensione, la Commissione riterrà che il cambiamento sia permanente, allora essa avvierà una procedura legislativa ordinaria allo scopo di modificare il regolamento “procedure”, revocando la designazione⁷²; Parlamento europeo e Consiglio avranno poi un massimo di 15 mesi per finalizzare la proposta della Commissione⁷³, prima che la sospensione cessi di produrre effetti giuridici.

Le vicende successive alla designazione da parte dell’Unione avranno significative conseguenze sulle designazioni nazionali. In linea di principio, gli Stati membri rimarranno liberi di adottare la propria lista⁷⁴; non potranno, invece, includere fra i Pos uno Stato rispetto al quale la Commissione avrà adottato una decisione delegata di sospensione – ovviamente, per la sola durata della medesima. In caso di revoca per via legislativa ordinaria, il regolamento “procedure” lascia agli Stati membri un certo margine di manovra⁷⁵.

⁷¹ Art. 63, par. 1, del regolamento “procedure”.

⁷² *Ivi*, art. 63, par. 4. Se invece la Commissione non presenta alcuna proposta entro detti tre mesi, la sospensione cesserà di produrre i propri effetti: in pratica, in difetto di tale proposta, la sospensione avrà una durata di tre mesi.

⁷³ *Ivi*, art. 63, par. 5. Il par. 4 della stessa disposizione riconosce alla Commissione un potere di proroga: se essa non lo esercita, la decisione delegata di sospensione cesserà di produrre effetti alla scadenza naturale dei sei mesi; la proroga ne allunga l’efficacia per ulteriori sei mesi e sarà rinnovabile una sola volta. In tal modo, se la Commissione impiega tutto il tempo a sua disposizione per formulare la proposta (legislativa) di revoca (cioè, tre mesi), e sempre che abbia utilizzato il potere di proroga per due volte, l’estensione dei 15 mesi integra il periodo delle due proroghe (12 mesi) più i tre mesi che intercorrono fra la proposta (legislativa) di revoca e la scadenza naturale della decisione delegata di sospensione (sei mesi). Rimane da chiedersi cosa accadrà in quelle circostanze ove il *timing* sia diverso, soprattutto in virtù della clausola di prevalenza con cui esordisce il par. 5 dell’art. 63 («[f]atto salvo il paragrafo 4»). Ciò che ci pare certo è che la cessazione degli effetti della decisione delegata di sospensione non determinerà la decadenza della proposta (legislativa) di revoca: in assenza di esplicite disposizioni, solo la Commissione europea può determinare tale risultato, esercitando il potere di ritiro riconosciutole dall’art. 293, par. 2, TFUE – almeno per come la Corte di giustizia lo ha interpretato nella propria giurisprudenza (Corte giust. 14 aprile 2015, C-409/13, *Consiglio/Commissione*).

⁷⁴ Nella versione originaria della proposta, tale facoltà poteva essere esercitata solo per i primi cinque anni a partire dalla data di entrata in vigore del regolamento: v. art. 50, par. 1, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell’Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, Bruxelles, 13 luglio 2016, COM (2016) 467final.

⁷⁵ L’art. 64, par. 3, del regolamento “procedure” consentirà ad uno Stato membro di

In definitiva, al netto di questi due casi, la designazione dell'Unione e quelle nazionali potranno convivere anche se non coincidenti: dunque, uno Stato membro potrà includere nella propria lista Pos uno Stato che altri membri e l'Unione stessa non riterranno sicuro. Il che getta non poche ombre sulla natura *comune* del Sistema europeo di asilo.

A testimonianza di quale sia l'importanza di questo concetto nel quadro generale di detto Sistema, prima ancora della fatidica data del 12 giugno 2026, e in vero pochi giorni dopo l'approvazione dello stesso regolamento "procedure", la Commissione europea ne proponeva una modifica⁷⁶: allo scopo, citato poc'anzi, di predisporre già un primo elenco di Pos; ma anche di anticipare, almeno in parte, l'applicazione del nuovo regime.

Quanto alla prima questione, la Commissione propone una modifica dell'art. 62, par. 1, volta a definire, quali Pos di designazione europea, gli Stati candidati alla ammissione nell'UE⁷⁷, fra i quali al momento, stando alla sintesi pubblicata sul sito del Consiglio europeo e del Consiglio, figurano Albania, Bosnia-Erzegovina, Georgia, Macedonia del Nord, Moldavia, Montenegro, Serbia, Turchia e Ucraina. A questi, per effetto dell'inserimento di

considerare sicuro un paese di origine "revocato" dalla lista europea al termine di una procedura che coinvolge la Commissione, alla quale è riconosciuto il potere di opporvisi – potere che, peraltro, essa manterrà solo per i due anni successivi alla revoca, scaduti i quali gli Stati membri torneranno liberi di designare il Pos in questione senza dover ottenere il *placet* della Commissione.

⁷⁶ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2025, che modifica il regolamento (UE) 2024/1348 per quanto riguarda l'istituzione di un elenco di paesi di origine sicuri a livello dell'Unione, Bruxelles, COM (2025) 186 final. Per un primo commento v. M. FERRI, *Le proposte della Commissione su paesi di origine e paesi terzi sicuri: ampliamento degli istituti e ulteriore abbassamento degli standard di tutela dei richiedenti*, in *Questione giustizia*, 1° luglio 2025, reperibile *online*, al quale si rimanda per una critica alla «infelicissima formulazione» contenuta nella proposta, in specie del suo art. 1, n. 1), lett. a). Più di recente, la Commissione ha proposto una ulteriore modifica al regolamento in questione, che però riguarda il concetto di paese terzo sicuro: v. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2024/1348 per quanto riguarda l'applicazione del concetto di "paese terzo sicuro", del 20 maggio 2025, COM (2025) 259 final.

⁷⁷ A meno che: «(a) esiste una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale nel paese; (b) sono state adottate misure restrittive ai sensi della parte quinta, titolo IV, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea in considerazione delle azioni del paese; (c) la percentuale di decisioni di riconoscimento della protezione internazionale da parte dell'autorità accertante nei confronti dei richiedenti del paese – cittadini del paese o apolidi che avevano una precedente dimora abituale nel paese – è, stando agli ultimi dati medi annuali Eurostat disponibili per tutta l'Unione, superiore al 20%».

un par. 1-*bis*⁷⁸, subito dopo detto par. 1, si aggiungerebbero i paesi elencati in un Allegato II: Bangladesh, Colombia, Egitto, India, Kosovo, Marocco, Tunisia⁷⁹.

In merito alla seconda, la proposta della Commissione è volta ad introdurre una modifica all’art. 79 del regolamento *de quo*, che riguarda la sua entrata in vigore. Con essa, vuole rendere applicabili le clausole che abilitano gli Stati membri ad introdurre le eccezioni territoriale e/o per categoria, sia per i Pos sia per i paesi terzi sicuri, in anticipo sulla data del 12 giugno 2026, più precisamente dalla data di entrata in vigore del regolamento proposto. Per farlo, la proposta è giocoforza costretta ad associare le due eccezioni al vecchio regime, in attesa che entri in vigore in maniera completa quello nuovo⁸⁰. Il risultato finale è che, come si accennava, la attesa sentenza della Corte di giustizia potrebbe venire superata, almeno per ciò che concerne la questione delle eccezioni Pos, dall’adozione di questo regolamento.

5. *La rilevanza del concetto di Pos: a) nella disciplina europea in vigore*

Venendo ora all’uso che del Pos fa la direttiva “procedure” in vigore, esso può riguardare diversi aspetti della procedura di riconoscimento della protezione internazionale: i) la facoltà degli Stati membri di prevedere che una procedura d’esame sia accelerata e/o svolta alla frontiera o in zone di transito⁸¹; ii) la decisione degli Stati membri di ritenere infondata o, a seconda, manifestamente infondata una domanda di protezione internazionale⁸²; iii) il diritto del richiedente di rimanere nel territorio dello Stato membro che ha esaminato la domanda durante l’impugnazione del provvedimento con cui la medesima è stata respinta⁸³.

⁷⁸ «I paesi terzi elencati nell’allegato II sono designati paesi di origine sicuri a livello dell’Unione».

⁷⁹ Per essi, la Commissione include nella presentazione della proposta ampia motivazione: v. pp. 5-13.

⁸⁰ «Tuttavia, l’articolo 59, paragrafo 2, l’articolo 61, paragrafo 2, e l’articolo 61, paragrafo 5, lettera b), si applicano a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento (UE) [che modifica il regolamento (UE) 2024/1348] per quanto riguarda l’applicazione del concetto di “paese terzo sicuro” conformemente agli articoli 36 e 37 della direttiva 2013/32/UE e del concetto di “paese di origine sicuro” conformemente all’articolo 38 della direttiva 2013/32/UE» (corsivo aggiunto).

⁸¹ Art. 31, par. 8 della direttiva “procedure”.

⁸² *Ivi*, art. 32, par. 2.

⁸³ *Ivi*, art. 46, parr. 5-6.

Quanto all'aspetto *sub i*), una volta introdotta la nozione di Pos (come detto: una facoltà per gli Stati membri), essa *può* essere utilizzata (quindi, nuovamente, una facoltà) come base per la previsione di procedure speciali rispetto a quella ordinaria. Una prima è costituita dalla procedura accelerata, nella quale i termini per l'adozione della decisione con cui si chiude la procedura di riconoscimento sono contratti (benché debbano essere «ragionevoli»⁸⁴). Essa non può essere utilizzata per categorie particolarmente vulnerabili quando sia inidonea a garantire loro un «sostegno adeguato»⁸⁵, ma nella ipotesi di un minore non accompagnato la procedura può altrimenti essere mantenuta se ricorrono talune condizioni, alternative, una delle quali è proprio la provenienza del richiedente, minore, da un Pos⁸⁶. Una seconda procedura, più dettagliatamente disciplinata dall'art. 43 della direttiva, è quella di frontiera (o in zone di transito), che può essere introdotta nella legislazione nazionale per assumere una decisione: sulla ammissibilità della domanda *ivi presentata* (ma qui non c'è riferimento alla ipotesi del Pos⁸⁷); nel contesto di una procedura accelerata. In conclusione, la nozione di Pos, una volta introdotta nella legislazione nazionale, giustifica la possibile previsione di una procedura accelerata che può (ma non deve) essere svolta alla frontiera (o in zone di transito)⁸⁸.

Quanto all'aspetto *sub ii*), l'art. 32 della direttiva “procedure” prevede che, in una qualunque delle circostanze che giustificano l'introduzione di

⁸⁴ *Ivi*, art. 31, par. 9.

⁸⁵ *Ivi*, art. 24, par. 3.

⁸⁶ *Ivi*, art. 25, par. 6, lett. a), punto i).

⁸⁷ *Ivi*, art. 33.

⁸⁸ La proposta di regolamento citata alla fine del paragrafo precedente (in nota 76) intende introdurre la facoltà per gli Stati membri di anticipare l'applicazione di una nuova ipotesi di procedura accelerata e/o di frontiera (anticipare ad una data precedente al 12 giugno 2026 e ovviamente successiva alla entrata in vigore del regolamento proposto), sempre tenendola ancorata alla disciplina prevista dalla direttiva “procedure” al momento in vigore. Non si tratta di una ipotesi di Pos, ma di una sua “evoluzione”, per così dire, prevista dall'art. 42, par. 1, lett. j), del nuovo regolamento “procedure”: «il richiedente ha una cittadinanza o, se apolide, una precedente dimora abituale in un paese terzo per il quale la percentuale di decisioni di riconoscimento della protezione internazionale da parte dell'autorità accertante è, stando agli ultimi dati medi annuali Eurostat disponibili per tutta l'Unione, pari o inferiore al 20%, tranne se l'autorità accertante valuti che la situazione nel paese terzo ha registrato un cambiamento significativo dalla pubblicazione dei pertinenti dati Eurostat ovvero che il richiedente appartiene a una categoria di persone le cui esigenze di protezione impediscono di considerare rappresentativa una percentuale di riconoscimento pari o inferiore al 20%, tenendo conto, tra l'altro, delle differenze significative tra decisioni di primo grado e decisioni definitive».

una procedura speciale (fra cui l'ipotesi del Pos), gli Stati membri possono prevedere che la domanda sia manifestamente infondata. La facoltà di introdurre una procedura speciale e quella di prevedere l'ipotesi della manifesta infondatezza sono slegate l'una dall'altra, sicché uno Stato membro può decidere: di non introdurre alcuna procedura speciale, ma di ritenere che in alcuni casi la domanda sia manifestamente infondata (in tal caso la c.d. "manifesta infondatezza Pos" seguirebbe una procedura ordinaria); di, viceversa, introdurre una procedura speciale, ma senza la previsione della manifesta infondatezza (in tal caso l'infondatezza "semplice" seguirebbe una procedura accelerata, eventualmente anche svolta alla frontiera o in zona di transito); di cumulare le due opzioni. In tale ultimo caso, la direttiva "procedure" non sembra imporre agli Stati membri alcun obbligo tassativo in merito alla corrispondenza fra una procedura speciale e una decisione di manifesta infondatezza ovvero fra la procedura ordinaria e una decisione di infondatezza semplice. In altre parole, ove uno Stato membro leghi la designazione del Pos sia ad una procedura speciale sia ad una manifesta infondatezza, nulla gli impedirebbe di farlo senza una corrispondenza necessaria, sicché nel contesto di una procedura speciale Pos l'autorità potrebbe optare per un rigetto semplice della domanda, come pure, nel contesto di una procedura ordinaria per un rigetto della domanda per manifesta infondatezza: nulla impedirebbe agli Stati membri di farlo ma, è il caso di aggiungere, nulla li *obbligherebbe* a farlo.

Quanto all'aspetto *sub* iii), l'art. 46, par. 5, della direttiva "procedure" impone agli Stati membri di consentire ai richiedenti di «rimanere nel loro territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo oppure, se tale diritto è stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell'esito del ricorso». La norma *de qua*, tuttavia, fa salvo il par. 6 della stessa disposizione, il quale elenca una serie di ipotesi nelle quali al richiedente può non essere riconosciuta tale prerogativa: in specie, ove sia destinatario di una decisione assunta al termine di una procedura speciale⁸⁹ o di rigetto per manifesta infondatezza (le quali entrambe possono fondarsi sulla nozione di Pos). In tali casi, secondo la direttiva, il richiedente mantiene comunque il diritto ad impugnare di fronte al giudice questo specifico effetto della decisione finale, e cioè la cessazione del suo diritto di rimanere nel territorio dello Stato interessato.

⁸⁹ Con l'unica eccezione, cui rinvia l'art. 46, par. 6, della direttiva "procedure", costituita dalla lett. h) dell'art. 31, par. 8, della medesima: «il richiedente è entrato illegalmente nel territorio dello Stato membro o vi ha prolungato illegalmente il soggiorno e, senza un valido motivo, non si è presentato alle autorità o non ha presentato la domanda di protezione internazionale quanto prima possibile rispetto alle circostanze del suo ingresso».

Sarà bene sottolineare che il diritto dell'Unione non include la nozione di Pos fra le basi giuridiche degli eventuali provvedimenti di trattenimento del richiedente. Le ipotesi, previste dall'art. 8 della direttiva "accoglienza"⁹⁰, includono, fra l'altro, la necessità di: determinare o verificare l'identità o la cittadinanza del richiedente; determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, in particolare se sussiste il rischio di fuga del richiedente; decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio; rispettare motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico.

6. Segue: *b) nella attuazione che vi ha dato il legislatore italiano*

Le scelte del legislatore italiano sfruttano abbondantemente le opzioni offerte dalla direttiva "procedure".

Sull'uso *sub i*), l'art. 28-*bis* del d.lgs. 25/2008 prevede quattro casi in cui la nozione di Pos è legata ad una procedura accelerata.

Un primo riguarda le domande di protezione internazionale *presentate* direttamente alla frontiera o nelle zone di transito da un richiedente proveniente da un Pos⁹¹. Dette zone sono individuate con decreto del Ministro dell'interno⁹², e ad esse sono equiparate le aree il cui diritto di utilizzo è stato temporaneamente riconosciuto dall'Albania all'Italia tramite il Protocollo del 6 novembre 2023 volto a rafforzare la cooperazione bilaterale in materia di gestione dei flussi migratori provenienti da paesi terzi⁹³.

Il secondo caso si applica a tutte le domande presentate da un richiedente proveniente da un Pos⁹⁴. Tale fattispecie – si badi – è applicata in subordine alla ipotesi esaminata poco sopra: il che implica che essa vale unicamente per le domande che non siano state presentate alla frontiera o nelle zone di transito.

⁹⁰ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

⁹¹ Art. 28-*bis*, co. 2, lett. b-*bis*). In questo caso, peraltro, secondo il co. 2-*bis* dell'art. 28-*bis*, «la procedura può essere svolta direttamente alla frontiera o nelle zone di transito».

⁹² Art. 28-*bis*, co. 4.

⁹³ Art. 3, co. 3, della l. 21 febbraio 2024, n. 14. Sulla esternalizzazione verso l'Albania v. A. SACCUCCI, *Il Protocollo Italia-Albania sulla "dislocazione" extraterritoriale dei migranti*, in *RDI*, 2024, p. 635 ss.

⁹⁴ Art. 28-*bis*, co. 2, lett. c).

Il terzo caso coincide con le domande manifestamente infondate⁹⁵, fra cui l'art. 28-ter del d.lgs. 25/2008 include quelle presentate da un richiedente che proviene da un Pos.

Il quarto caso è quello più complesso⁹⁶: la procedura accelerata è decisa per il richiedente per il quale è stato disposto il trattenimento nei punti di crisi (di cui all'art. 10-ter TUI), ovvero nei centri di permanenza per i rimpatri (di cui all'art. 14 TUI). Fra i casi in cui l'autorità (il Questore, in specie) decide di sottoporre il richiedente ad una misura di trattenimento (in uno dei punti di crisi o, a seconda dei casi, in un centro di permanenza per i rimpatri) figura quello contemplato dall'art. 6-bis del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, il quale include l'ipotesi di una domanda formulata direttamente alla frontiera o nelle zone di transito da un richiedente proveniente da un Pos⁹⁷. La decisione con cui il Questore dispone il trattenimento è sottoposta a convalida entro 48 ore di fronte alla autorità giudiziaria competente, che ha ulteriori 48 ore per decidere (art. 14 TUI, richiamato dall'art. 6, co. 5, d.lgs. 142/2015, cui a sua volta rinvia l'art. 6-bis, co. 4, d.lgs. 142/2015). Contro il decreto di convalida è proponibile ricorso per cassazione (art. 14, co. 6, TUI).

Giusta il co. 6 del più volte citato art. 28-bis, le procedure speciali sopra descritte «non si applicano ai minori non accompagnati e agli stranieri portatori di esigenze particolari ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142»⁹⁸. In tutti e quattro i casi menzionati, la decisione di applicare una procedura accelerata è assunta dal Questore nel momento in cui trasmette alla commissione territoriale, «senza ritardo», la documentazione relativa al richiedente, ed è poi confermata da una determina del Presidente della commissione competente⁹⁹. Questa ha poi sette giorni per procedere all'audizione del richiedente e altri due per assumere la decisione

⁹⁵ Art. 28-bis, co. 2, lett. d).

⁹⁶ Art. 28-bis, co. 2, lett. a).

⁹⁷ «[I]l richiedente può essere trattenuto durante lo svolgimento della procedura in frontiera di cui all'articolo 28-bis, comma 2, lettere b) e b-bis), del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e fino alla decisione dell'istanza di sospensione (di cui all'articolo 35-ter) del medesimo decreto legislativo n. 25 del 2008, al solo scopo di accertare il diritto ad entrare nel territorio dello Stato»

⁹⁸ «[...] i minori, [...] i disabili, gli anziani, le donne, con priorità per quelle in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta di esseri umani, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali, le persone per le quali è stato accertato che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere, le vittime di mutilazioni genitali».

⁹⁹ Vedi nota 42.

finale¹⁰⁰; mentre, nel solo caso di una domanda formulata direttamente alla frontiera o nelle zone di transito da un richiedente proveniente da un Pos¹⁰¹, essa decide entro sette giorni dalla ricezione della domanda¹⁰².

Sull'uso *sub ii*), la scelta del legislatore italiano è stata la seguente: l'art. 28-ter del d.lgs. 25/2008 prevede, alla lett. b), che una domanda debba essere decisa con una manifesta infondatezza ove il richiedente provenga da un Pos. Ciò, secondo noi, significa che, in un caso siffatto, si seguirà senz'altro una procedura accelerata (eventualmente anche di frontiera) la quale porterà ad una decisione di manifesta infondatezza. Tale interpretazione è confortata, *ad abundantiam*, dall'art. 32, lett. b-bis), del d.lgs. 25/2008, sulla base del quale «la Commissione territoriale adotta una delle seguenti decisioni: [...] rigetta la domanda per manifesta infondatezza nei casi di cui all'articolo 28-ter». Certo che, ove la presunzione alla base della designazione Pos venga ribaltata dal richiedente, cadrà il presupposto della procedura accelerata, che dovrà essere “trasformata” in una procedura ordinaria, ma non si esaurirebbero le ipotesi di manifesta infondatezza, che l'art. 28-ter estende oltre l'ipotesi del Pos. Ciò detto, rimane comunque poco realistico che da una procedura ordinaria, nata come procedura accelerata, possa venir fuori una decisione di diniego per manifesta infondatezza: a meno di ritenere che, ove l'autorità superi i termini previsti dall'art. 28-bis, essa possa ancora adottare una decisione di diniego per manifesta infondatezza – ipotesi che la legislazione italiana non preclude espressamente e che forse potrebbe ricavarci “piegandola” ad una interpretazione conforme al dettato europeo, il quale, come detto, sembrerebbe renderla possibile.

Nella ipotesi *sub iii*), la rilevanza della nozione di Pos nell'ordinamento italiano è duplice. Secondo l'art. 35-bis del d.lgs. 25/2008, sono dimezzati i termini di impugnazione per una decisione assunta a valle di una procedura accelerata¹⁰³: quindici giorni dalla notificazione del provvedimento, ovvero trenta giorni se il ricorrente si trova in un paese terzo al momento della proposizione del ricorso; i giorni si riducono a sette nel caso di richiedente nei cui confronti sia stato disposto un provvedimento di trattenimento *ex art. 6-bis* del d.lgs. 142/2015, sopra citato. L'effetto più incisivo, tuttavia, si

¹⁰⁰ Art. 28-bis, co. 2.

¹⁰¹ Vedi *supra*, nota 91.

¹⁰² Art. 28-bis, co. 2-bis. Il termine – si noti – non decorre dunque dalla ricezione della documentazione da parte del Questore.

¹⁰³ *Ivi* inclusa quella prevista dall'art. 28-bis, co. 2, lett. c), che si applica ove il richiedente provenga da un Pos, compresa quella svolta direttamente alla frontiera o in una zona di transito, ai sensi della lett. b-bis della stessa disposizione.

produce in relazione alla sospensione degli effetti di quella parte della decisione finale che impone al richiedente (che l'abbia impugnata) di lasciare il territorio italiano, la quale (sospensione) è esclusa¹⁰⁴; per la domanda manifestamente infondata (che include il caso del richiedente proveniente da un Pos); per la domanda esaminata in alcune ipotesi di procedura accelerata, fra cui figura quella di un richiedente proveniente da un Pos, anche ove abbia presentato detta domanda direttamente alla frontiera o in una zona di transito. In casi siffatti, il richiedente può comunque chiedere, in sede di ricorso introduttivo alla autorità giudiziaria, la sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione finale «quando ricorrono gravi e circostanziate ragioni»¹⁰⁵; e contro il decreto con cui il giudice si pronuncia sull'istanza è ammesso reclamo alla corte d'appello¹⁰⁶.

7. Segue: c) nel nuovo regolamento "procedure"

La disciplina che il nuovo regolamento "procedure" è destinato a introdurre varia di poco il quadro descritto più sopra – ma si tratta nondimeno di modifiche significative.

Quanto alle procedure speciali, vi è una novità di grande rilevanza: la provenienza da un Pos permane quale base giuridica di una procedura accelerata, ma la facoltà riconosciuta dalla direttiva in vigore diventerà un *obbligo* in virtù dell'art. 42, par. 1, lett. e), del nuovo regolamento¹⁰⁷. Essa, invece, continuerà ad essere preclusa per le categorie vulnerabili pur provenienti da un Pos¹⁰⁸ (con possibile eccezione dei minori non accompagnati¹⁰⁹). L'altra procedura speciale, quella di frontiera, rimarrà facoltativa¹¹⁰. Va tuttavia rilevato che, mentre secondo la disciplina in vigore la provenienza Pos è condizione sufficiente affinché uno Stato possa esaminare la domanda alla

¹⁰⁴ Art. 35-*bis*, co. 3.

¹⁰⁵ Art. 35-*bis*, co. 4.

¹⁰⁶ Art. 35-*bis*, co. 4-*bis*.

¹⁰⁷ Le autorità dello Stato membro interessato possono mutare una procedura accelerata in ordinaria qualora ritengano «che l'esame della domanda comporti questioni in fatto o in diritto troppo complesse per essere esaminate con procedura accelerata» (art. 42, par. 2, del regolamento "procedure").

¹⁰⁸ *Ivi*, art. 21, par. 2.

¹⁰⁹ *Ivi*, art. 42, par. 3, lett. a).

¹¹⁰ L'art. 45, relativo alla applicazione obbligatoria di tale procedura, non include l'ipotesi Pos, prevista dall'art. 42, par. 2, lett. e), fra quelle per cui «[u]no Stato membro esamina una domanda con procedura di frontiera».

frontiera (con procedura sicuramente accelerata¹¹¹), il nuovo regolamento condiziona la previsione di una procedura siffatta, anche ove obbligatoria, a precise circostanze¹¹², in difetto delle quali la domanda di un individuo cittadino di un Pos non può essere esaminata alla frontiera (benché debba seguire un esame accelerato)¹¹³.

Quanto all'aspetto *sub ii*), l'art. 39 del regolamento in discorso mantiene la formula facoltativa della manifesta infondatezza, ove la domanda provenga da un cittadino di un Pos¹¹⁴. Considerato che tale provenienza obbligherà gli Stati a procedere a un esame accelerato, le opzioni nella loro disponibilità saranno più ridotte rispetto al quadro vigente, potendo un diniego per "manifesta infondatezza Pos" venire adottato solo in quel preciso contesto procedurale¹¹⁵.

In merito, infine, alle condizioni che circondano l'impugnazione di un provvedimento di diniego, quando esso concerna un richiedente proveniente da un Pos, il nuovo regolamento prevede, a monte¹¹⁶, una riduzione del

¹¹¹ Come detto sopra, la nozione di Pos giustifica la possibile previsione di una procedura accelerata che può (ma non deve) essere svolta alla frontiera (o in zone di transito), ma non viceversa: secondo l'art. 43, par. 1, della direttiva "procedure" al momento in vigore (citata in nota 11), «[g]li Stati membri possono prevedere procedure [...] per decidere alla frontiera o nelle zone di transito [...] sul merito di una domanda nell'ambito di una procedura a norma dell'articolo 31, paragrafo 8» – una procedura, dunque, obbligatoriamente accelerata. Astrattamente è anche possibile che una procedura di frontiera possa non essere accelerata: ove l'esame della domanda ivi presentata riguardi l'ammissibilità – ipotesi che però, come spiegato sopra, non include la provenienza da un Pos.

¹¹² Art. 43, par. 1, del regolamento "procedure" (citato in nota 13): «[l]a procedura di frontiera può prendere avvio: a) dalla domanda fatta a un valico della frontiera esterna o in una zona di transito; b) dal rintraccio collegato all'attraversamento irregolare della frontiera esterna; c) dallo sbarco nel territorio di uno Stato membro a seguito di un'operazione di ricerca e soccorso; d) dalla ricollocazione a norma dell'articolo 67, paragrafo 11, del regolamento (UE) 2024/1351».

¹¹³ Anche per la procedura di frontiera sono previste cautele a favore di categorie vulnerabili (quand'anche provenienti da un Pos), essendo l'art. 21, par. 2, del regolamento applicabile anche ad essa. Per quanto invece riguarda i minori con medesima provenienza, essa è esclusa alla radice dall'art. 53.

¹¹⁴ O, se apolide, ivi abbia stabilito la sua dimora abituale.

¹¹⁵ Con l'eccezione riportata in nota 107, laddove però il passaggio ad una procedura ordinaria dovrebbe precludere l'adozione di un provvedimento di diniego per "manifesta infondatezza Pos".

¹¹⁶ Nel sistema vigente, come abbiamo visto, la riduzione è prevista solo dalle norme interne dell'ordinamento italiano, attuative della direttiva "procedure" (citata in nota 11), che infatti al problema *de quo* dedica solo la generale previsione dell'art. 46, par. 4: «[g]li Stati membri prevedono termini ragionevoli e le altre norme necessarie per l'esercizio, da parte del

termine: il suo art. 67, par. 7, lett. a), lascia, sì, la scelta agli Stati membri ma entro una "finestra" che va «da un minimo di cinque giorni a un massimo di dieci giorni». In modo pressoché analogo rispetto alla vigente disciplina europea, il ricorso proposto in tali circostanze non ha effetto sospensivo sulla decisione di rimpatrio¹¹⁷ (inclusa obbligatoriamente nel provvedimento di diniego¹¹⁸), benché permanga il diritto del ricorrente ad impugnarne gli effetti specifici al fine di ottenere un provvedimento cautelare del giudice che gli consenta di rimanere, almeno per tutta la durata del processo di impugnazione, nel territorio dello Stato interessato¹¹⁹.

8. *Qualche considerazione conclusiva*

L'uso del concetto di Pos offre diverse chiavi per leggere la politica di asilo dell'Unione e dei suoi Stati membri. Il suo *appeal*, almeno per chi deve rispondere del rispetto del diritto internazionale, sta nella prospettiva di poter alleggerire il carico che con sé porta il divieto di *refoulement*. Rispedire indietro uno straniero che, *sine titulo*, prova comunque ad entrare nel territorio di uno Stato o ci è rimasto più del dovuto non è vietato dal diritto internazionale. Il quale, invece, vieta che costui venga allontanato verso un territorio nel quale rischierà di subire gravi violazioni dei propri diritti fondamentali. Ed è questo il problema principale: come può uno Stato distinguere fra chi ha titolo a questa protezione e chi no? Esso deve, ed è dunque l'obbligo principale che il diritto internazionale impone, mettere in piedi una procedura, conforme a determinati standard, che consenta alle proprie autorità di prendere tale decisione. Si tratta di fare, banalmente, un pronostico: sulla base delle informazioni che lo Stato ha (o dovrebbe avere) è probabile che lo straniero in questione sia, nel territorio di origine, esposto al rischio di subire gravi violazioni dei diritti fondamentali?

In questa domanda c'è tutto il peso che il divieto in questione impone: la

richiedente, del diritto ad un ricorso effettivo di cui al paragrafo 1. I termini prescritti non rendono impossibile o eccessivamente difficile tale accesso [...]».

¹¹⁷ Art. 68, par. 3, del regolamento "procedure", in specie la lett. a), punto i).

¹¹⁸ *Ivi*, art. 37, il quale precisa che la decisione di rimpatrio può anche essere adottata con atto distinto, ma in tal caso «è emanata contestualmente [...] o successivamente senza indebito ritardo». Benché non concerna direttamente il problema dei Pos, la norma in questione segna una significativa differenza rispetto al regime europeo vigente: in esso tale obbligo non è infatti previsto.

¹¹⁹ *Ivi*, art. 68, par. 4.

risposta che esso pretende implica la predisposizione di adeguate procedure (amministrative e giudiziarie); di risorse umane, che in questo caso devono essere pure altamente qualificate; di una rete di accoglienza perché, mentre le autorità decidono, il richiedente ha diritto di rimanere nel territorio dello Stato in cui ha fatto domanda¹²⁰. L'uso del concetto di Pos schiaccia ai minimi termini questi adempimenti: una procedura sommaria e molto breve, giustificata da un'unica premessa, e cioè che lo Stato di origine offre già una protezione sufficiente, vanificando, all'occorrenza in maniera manifesta, la fondatezza della domanda.

La persino ovvia precisazione, che è in qualche modo il controlimite del concetto di Pos, è che la decisione (negativa) non può essere presa su base *del tutto* presuntiva, perché "chi viene dal paese X certamente non può avere titolo alla protezione". La valutazione va fatta su base individuale: è meno probabile che uno straniero bangladese abbia titolo alla protezione, ma, per quanto minime, quelle probabilità vanno esplorate. Questo spiega perché alcune forme di respingimento sono vietate di per sé: se lo Stato respinge in alto mare o blocca i flussi con un muro, esso sta platealmente sottraendo gli stranieri a quelle procedure. *Ergo*, l'uso del concetto di Pos per alleggerire gli obblighi derivanti dal divieto di *refoulement* non può spingere gli standard procedurali sotto una certa soglia, che secondo noi si trova in corrispondenza dell'obbligo di tenere un colloquio approfondito con il richiedente: esso è lo strumento principale che gli rimane per ribaltare la presunzione, anche considerando che l'eventuale impugnazione del provvedimento di diniego potrebbe non implicare la sospensione degli effetti della decisione di rimpatrio.

Uno schema, quello appena descritto, noto e consolidato. Ma da altra prospettiva: siamo certi che il concetto di Pos garantisca il risultato promesso, almeno nel contesto dell'Unione? Al momento, sembrerebbe di no, verosimilmente per due ragioni. Una è fuori dalla portata della politica: la collocazione geografica dei Paesi dell'UE, specialmente dei c.d. *frontline States* (l'Italia, senza dubbio), rende le rotte migratorie meno suscettibili di essere piegate da qualsiasi soluzione si collochi in un arco che va dalla più liberale alla più restrittiva. «[W]hen you have eliminated the impossible, whatever remains, *however improbable*, must be the truth [...]¹²¹. E in tal caso l'impossibile è la mancanza di poter anche solo immaginare un futuro

¹²⁰ Per tacere dell'onere di fornire una protezione tendenzialmente permanente, ove l'esame della domanda dia esito positivo.

¹²¹ A. C. DOYLE, *The sign of four*, in A. C. DOYLE (ed.), *The complete Sherlock Holmes*, New York, 1970, p. 111.

dignitoso per sé e per la propria famiglia, il che spinge molti individui verso l'unica e improbabile alternativa: riuscire a raggiungere l'attrattiva Europa, superando, prima, migliaia di chilometri frequentati da trafficanti, sfruttatori, mafiosi, schiavisti – tutti dediti a sperimentare sui migranti una gran varietà di violazioni estreme dei diritti umani – e poi, se necessario, il Mare Mediterraneo.

L'altra ragione si deve a come la politica d'asilo è strutturata: la convivenza di poteri dell'Unione e degli Stati membri produce disomogeneità (che nemmeno la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia riesce a scongiurare) e rimbalzi continui di responsabilità. Il Pos non è di certo la formula che possa aprire mondi, almeno non in questo contesto, convalidato nel nuovo regolamento “procedure”: grazie a cui, come si è detto, sarà possibile avere versioni assai diverse, a seconda delle scelte dell'UE e dei suoi membri, di quali luoghi siano sicuri e quali non. Ne aprirebbe di nuovi la più radicale scelta di assicurare alla sola Unione la responsabilità di questa politica, il che dovrebbe scaturire da una visione rivoluzionaria della cooperazione – e forse oggi, volgendo lo sguardo ai padri fondatori del processo di integrazione, diventa persino più chiaro *quanto* rivoluzionaria quella del dopoguerra sia stata. Persino si potrebbe immaginare che una competenza esclusiva in materia di asilo possa prestarsi ad una sperimentazione molto ambiziosa: una procedura legislativa rafforzata, nella quale la proposta della Commissione debba essere approvata unicamente dal Parlamento, con la possibilità per il Consiglio di porre un veto alla misura ma solo con una maggioranza solidissima (l'unanimità, ad esempio); o l'affidamento anche di compiti esecutivi all'Unione, in modo che la risposta alle esigenze dei richiedenti sia data *direttamente* da organi europei. Ci vuole coraggio, sì, per una revisione, come questa, “costituzionale” dei Trattati, ma anche buon senso: quando quasi tutte le soluzioni si sono rivelate inefficaci, le rimanenti, per quanto improbabili, sono le sole che possano essere esplorate.

Abstract (ita)

Il contributo analizza la nozione di Paese di origine sicuro (Pos) nel contesto del diritto internazionale dei rifugiati e del Sistema comune europeo di asilo (CEAS), evidenziando le implicazioni giuridiche e procedurali derivanti dalla sua applicazione. Dopo aver distinto il Pos da altre categorie di paesi “sicuri”, l’autore esamina l’evoluzione della disciplina europea (direttiva “procedure” e nuovo regolamento UE 2024/1348), nonché la sua attuazione da parte del legislatore italiano, con particolare attenzione agli effetti sulla procedura accelerata, sul diritto di permanenza del richiedente e sull’onere probatorio. Il testo approfondisce inoltre le controversie giurisprudenziali relative alla legittimità della designazione nazionale dei Pos, all’obbligo di motivazione e alle eccezioni per area geografica o categoria.

Abstract (eng)

The article explores the concept of Safe Country of Origin (SCO) within international refugee law and the Common European Asylum System (CEAS), highlighting the legal and procedural implications of its application. Distinguishing SCO from other “safe country” categories, the author reviews both the current European framework (Procedures Directive and new Regulation 2024/1348) and its implementation in Italian law, focusing on the accelerated procedure, the applicant’s right to remain, and the burden of proof. The article also examines pending CJEU rulings and the Advocate General’s opinion concerning the legality of national SCO designations, the duty to disclose information sources, and the admissibility of geographic or categorical exceptions.

LA TUTELA DEI MINORI STRANIERI NELL'UE TRA POLITICHE MIGRATORIE E QUESTIONI DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

Cinzia Peraro*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Alcune osservazioni sul minore straniero nelle politiche migratorie. – 3. Competenza ad esaminare la domanda di protezione internazionale del minore straniero: il “sistema Dublino”. – 4. Competenza giurisdizionale per le misure di protezione del minore straniero: il “sistema Bruxelles”. – 5. *Segue*: la convenzione dell'Aja del 1996. – 6. Legge applicabile alle misure di protezione del minore straniero. – 7. Trasferimento transfrontaliero del minore straniero e cooperazione tra autorità. – 8. Riconoscimento di provvedimenti stranieri: il caso dei minori ucraini. – 9. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

La tutela dei minori stranieri, in particolare di quelli non accompagnati, riveste una significativa importanza nel quadro delle politiche europee in materia di migrazione e asilo, analogamente a quanto si rinviene negli strumenti di cooperazione giudiziaria civile, rientranti tutti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹.

Contestualmente o, a volte, preliminarmente all'espletamento della procedura di esame della domanda di protezione internazionale², devono essere affrontati i profili tipici del diritto internazionale privato, qualora sia neces-

* Professore associato di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bergamo. Lo scritto costituisce la versione aggiornata e ampliata della relazione svolta nel seminario annuale del Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo di AISDUE, “Patto immigrazione e asilo: dalle nuove regole alla sfida dell'attuazione”, tenutosi presso l'Università di Verona in data 6 dicembre 2024.

¹ Nel titolo V del TFUE dedicato allo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia», materia che rientra nelle competenze concorrenti dell'Unione europea *ex* art. 4, par. 2, lett. *f*), confluiscono le politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione (capo 2), unitamente alla cooperazione giudiziaria in materia civile (capo 3), penale (capo 4) e di polizia (capo 5).

² Nel prosieguo, si utilizzerà anche l'espressione «domanda di asilo», che comprende tutte le diverse forme di protezione dei migranti (sulle qualifiche, si veda *infra*, par. 2, spec. nota 7), in modo da differenziarla dalla protezione del minore in quanto tale, intesa come tutela del soggetto vulnerabile.

sario adottare misure a tutela dei minori migranti – che possono consistere anche in collocamenti transfrontalieri – oppure riconoscere provvedimenti stranieri riguardanti gli stessi minori³. Il diritto internazionale privato potrebbe così qualificarsi come uno «strumento per gestire il fenomeno migratorio»⁴, in quanto l'adozione di suddette misure può richiedere il coordinamento tra diversi ordinamenti, trattandosi di situazioni caratterizzate da elementi di estraneità, che coinvolgono paesi dell'Unione europea oppure, più spesso, uno Stato UE, quello di accoglienza, e uno Stato terzo, quello di origine o di provenienza dei migranti.

Il presente lavoro intende pertanto esaminare, nella prima parte, il regime applicabile al minore migrante in base alle politiche migratorie, avendo riguardo agli atti dell'Unione europea vigenti e a quelli adottati nell'ambito del Nuovo Patto⁵, nonché, nella seconda parte, la pertinente normativa in

³ Sulle questioni internazionalprivatistiche che possono emergere in relazione ai minori migranti, v. S. ARNOLD, B. HEIDERHOFF (eds.), *Children in Migration and International Family Law*, Cham, 2025; A. BELTRAME DE MOURA, C. LERIN, *The limitations of Private International Law regarding the protection of unaccompanied migrant children in the European Union*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1, 2024, p. 95 ss.; B. CAMPUZANO DÍAZ (dir.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el reglamento 2019/1111*, Madrid, 2024, spec. p. 335 ss.; S. CORNELOUP, *Migrants in Transit or Under Temporary Protection. How Can Private International Law Deal with Provisional Presence?*, in *RabelsZ*, n. 87, 2023, p. 46 ss.; O. LOPES PEGNA, *Minori migranti e tutela dello status filiationis*, in *EJ*, n. 4, 2020, p. 296 ss.; E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge, 2019; C. HONORATI, *La tutela dei minori migranti e il diritto internazionale privato: quali rapporti tra Dublino III e Bruxelles II-bis?*, in *RDIPP*, n. 4, 2019, p. 691 ss.; S. CORNELOUP, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT-SESEKE, T. KRUGER, C. RUPP, H. V. LOON, J. VERHELLEN, *Children on the move – A private international law perspective, and Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential*, in *Study for the JURI committee, European Parliament*, 2017; A. FIORINI, *The protection of the best interests of migrant children through private international law and habitual residence*, e L. CARPANETO, *Recognition of protection measures affecting migrant children*, in F. IPPOLITO, G. BIAGIONI (eds.), *Migrant children: challenges for public and private international law*, Napoli, 2016, p. 379 ss.; M. C. BARUFFI, *Sulla tutela internazionalprivatistica dei diritti dei minori stranieri nella Convenzione dell'Aja del 1996*, in C. FRATEA, I. QUADRANTI (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, 2015, p. 151 ss.; ID, *Uno sguardo critico al “nuovo” Regolamento dell'Unione europea in materia matrimoniale, di responsabilità genitoriale e di sottrazione internazionale di minori*, in *Famiglia e diritto*, n. 12, 2024, p. 1151 ss., spec. p. 1156 ss.

⁴ O. LOPES PEGNA, *Minori migranti*, cit., p. 297.

⁵ Comunicazione della Commissione, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, COM (2020) 609final, del 23 settembre 2020. Per alcuni commenti sugli atti contenuti nel Nuovo Patto, v. i contributi in M. MESSINA (a cura di), *Cittadinanza e Stato di diritto per un'Unione*

materia di cooperazione giudiziaria civile. Con riferimento a quest'ultima, sarà necessario altresì coordinare le fonti dell'Unione con quelle internazionali rilevanti ogniqualevolta si tratti di adottare misure di protezione dei minori. Alla luce del contesto analizzato, sarà valutato il tipo di tutela predisposta allo scopo di determinare se, nel complesso, si possa configurare un «quadro a misura di minore migrante».

2. Alcune osservazioni sul minore straniero nelle politiche migratorie

Negli atti vigenti e in quelli in vigore, ma non ancora applicabili, rientranti nel sistema europeo comune di asilo, alcune disposizioni sono dedicate in modo specifico ai minori⁶. Essi riguardano il riconoscimento dello

europea più forte, Napoli, 2024, spec. p. 175 ss.; B. NASCIBENE, *Editoriale*, in *DIC*, n. 2, 2024; A. DI PASCALE, *Pubblicati gli atti che compongono il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *EJ*, 27 maggio 2024; G. MORGESE (a cura di), *Il futuro del diritto e della politica migratoria europea: il Nuovo Patto e oltre*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024; i contributi in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2024; i contributi in I. CARACCILO, G. CELLAMMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali: questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022; *Verso un quadro comune europeo ed una nuova governance della migrazione e dell'asilo*, in *FSJ*, n. 2, 2021; M. BORRACCETTI, *Il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *DIC*, n. 1, 2021, p. 1 ss.; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Questione giustizia*, 2020.

⁶ Per un inquadramento della situazione dei minori nel contesto migratorio, si vedano, tra i molti, F. DI GIANNI, *Il trattamento dei minori stranieri negli atti del Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 1 ss.; C. FRATEA, *Il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e la compressione delle tutele dei minori migranti alle frontiere esterne dell'Unione europea*, in *FSJ* n. 3, 2024, p. 290 ss.; E. LAMBIASE, *Il principio dei best interests of the child alla prova delle procedure speciali e del trattenimento del minore straniero non accompagnato*, *ivi*, p. 317 ss.; C. FRATEA, *La tutela del diritto all'unità familiare dei minori migranti tra sistema europeo comune di asilo e direttiva sul ricongiungimento familiare: una lettura alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *OIDU*, n. 1, 2023, p. 12 ss.; F. DI GIANNI, *Il "Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo" e la protezione dei minori migranti*, in *FSJ*, n. 2, 2021, p. 95 ss.; A. L. SCIACOVELLI, *La protezione del minore migrante in Europa. Profili di diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2022; M. MARCHEGIANI, *The best interests principle's impact on decisions concerning asylum-seeking and refugee children*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds.), *op. cit.*, p. 39 ss.; C. FRATEA, I. QUADRANTI (a cura di), *op. cit.*; nonché la comunicazione della Commissione, *La protezione dei minori migranti*, COM (2017) 211final, del 12 aprile 2017.

status di rifugiato o di altra forma di protezione⁷, le relative procedure⁸, la competenza ad effettuare l'esame della domanda di asilo⁹, l'accoglienza¹⁰, l'identificazione e la raccolta di dati¹¹, la gestione delle frontiere esterne¹²,

⁷ Artt. 20, 27, 30-31 e considerando n. 18 della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), che sarà sostituita dal 1° luglio 2026 dal regolamento (UE) 2024/1347 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024 (spec. artt. 20, 29, 32 e 33 e considerando 15, 16 e 68).

⁸ Artt. 7, 15 e 25 della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione), che sarà sostituita dal 12 giugno 2026 dal regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024 (spec. artt. 20, 22, 23, 24, 25, 32, 33, 42, 44 e 45 e considerando 15, 23, 35-37, 52, 55, 62 e 67).

⁹ Artt. 6, 8 e 20, par. 3 e considerando nn. 13, 16, 34 e 35 del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione) (c.d. Dublino III), che sarà sostituito, dal 1° luglio 2026, dal regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell'asilo e della migrazione (nel prosieguo anche "regolamento gestione"). Si veda *infra*, par. 3.

¹⁰ Artt. 11, 14, 23 e 24 della direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), che sarà sostituita dal 12 giugno 2026 dalla direttiva (UE) 2024/1346 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024 (spec. artt. 5, 13, 16, 22, 26 e 27 e considerando 35, 38-45 e 48).

¹¹ Art. 29 e considerando n. 35 del regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto (rifusione), che sarà sostituito dal 12 giugno 2026 dal regolamento (UE) 2024/1358 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024 (spec. art. 14 e considerando nn. 44-47).

¹² Art. 13 e considerando nn. 25, 33 e 38 del regolamento (UE) 2024/1356 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne, che si applica dal 12 giugno 2026.

l'afflusso massiccio di sfollati¹³ e le situazioni di crisi¹⁴, il rimpatrio¹⁵, il reinsediamento e l'ammissione umanitaria¹⁶. Tutti utilizzano una definizione comune di «minore», che si riferisce al «cittadino di un paese terzo o l'apolide di età inferiore agli anni diciotto». Tale nozione si ritrova anche negli strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione europea, su cui ci soffermeremo nel prosieguo del presente lavoro. Nel contesto del fenomeno migratorio, ai minori è dedicata particolare attenzione in ragione della loro situazione di vulnerabilità¹⁷, venendo imposte garanzie finalizzate ad assi-

¹³ Art. 16 della direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi (spec. artt. 15, 16 e 23). In questo contesto rientra il caso dei migranti ucraini, che hanno varcato i confini dell'UE a causa del conflitto Russia-Ucraina (cfr. decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio, del 4 marzo 2022, che introduce una protezione temporanea, a far data dal 24 febbraio 2022, da ultimo prorogata fino al 4 marzo 2026 con decisione di esecuzione (UE) 2024/1836 del Consiglio del 25 giugno 2024). Per una disamina, v. R. PALLADINO, *La protezione temporanea e i rapporti con le riforme introdotte dal Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 1 ss.; A. FESTA, *La protezione temporanea dei minori in fuga dall'Ucraina: teoria e pratica di un istituto alla prova della sua prima applicazione*, in *FSJ*, n. 3, 2024, p. 263 ss. Su alcune questioni riguardanti i minori ucraini, si veda anche *infra*, par. 8.

¹⁴ Considerando nn. 8 e 48 del regolamento (UE) 2024/1359 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, che si applica dal 1° luglio 2026 e si affianca alla direttiva 2001/55/CE, cit. In merito, v. T. M. MOSCHETTA, *Il regolamento sulle situazioni di crisi e forza maggiore: riflessioni sulla governance per la gestione "ordinaria" di situazioni "straordinarie"*, in questa *Rivista*, n. 2, 2025.

¹⁵ Artt. 10 e 17 della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, che sarà affiancata dal 12 giugno 2026 dal regolamento (UE) 2024/1349 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera e che modifica il regolamento (UE) 2021/1148 (spec. considerando nn. 5 e 9), e sarà sostituita, se approvata, dalla proposta di regolamento che istituisce un sistema comune di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nell'Unione è irregolare, COM (2025) 101final, dell'11 marzo 2025 (spec. artt. 18-20 e considerando nn. 25 e 32).

¹⁶ Art. 5 del regolamento (UE) 2024/1350 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e l'ammissione umanitaria e modifica il regolamento (UE) 2021/1147.

¹⁷ Sul concetto di vulnerabilità, riferito a diverse categorie, si veda C. SCISSA, *Il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo dalla prospettiva della vulnerabilità: un'occasione mancata*, in *FSJ*, n. 2, 2021, p. 351 ss., spec. p. 355, dove rileva che la particolare vulnerabilità dei minori deriverebbe dallo «status di intrinseca vulnerabilità che la caratterizza – desumibile

curare loro protezione, non solo perché soggetti di minore età, ma anche in quanto migranti.

Quando si utilizza il termine «migrante» nell'ambito del diritto UE si fa riferimento ad un soggetto «straniero», vale a dire cittadino di un paese terzo, che varca le frontiere esterne dell'Unione. Diverse sono le situazioni fattuali che possono riguardare i minori migranti quando arrivano nel territorio dell'Unione. Il minore può essere migrante regolare, ad esempio nei casi in cui la sua famiglia si è spostata dal paese di origine per migliorare le condizioni di vita, cercando un lavoro in uno Stato UE, oppure irregolare, in quanto è entrato nel territorio europeo senza un regolare controllo alla frontiera o, pur giunto legalmente, non è più in possesso dei pertinenti titoli che consentono la permanenza, quali il visto o il permesso di soggiorno, anche solo perché scaduti.

Nelle situazioni di irregolarità, può capitare che il minore straniero entri negli Stati membri unitamente ad un parente o un familiare oppure, diversamente, sia non accompagnato, quando cioè si trovi senza «un adulto che ne sia responsabile in base alla normativa o per prassi dello Stato membro interessato, fino a quando non sia effettivamente affidato a un tale adulto», inclusa l'ipotesi del minore che viene abbandonato dopo essere entrato nel territorio degli Stati membri¹⁸. Questa definizione è stata accolta per la prima volta nella risoluzione del Consiglio del 1997¹⁹, dove vengono delineati i fattori che caratterizzano la condizione del minore straniero non accompagnato, vale a dire la minore età, l'assenza di un adulto responsabile e la condizione di migrante²⁰. Il concorso di queste circostanze qualifica la situa-

da un connotato di natura, per così dire, biologica (*ratione aetatis*), sul quale possono altresì innestarsi altre causali tali da concretare la situazione di «particolare vulnerabilità» in virtù del quale verrebbero predisposte forme ad hoc di protezione e maggiori tutele rispetto a quelle garantite in generale».

¹⁸ Art. 2, lett. l) della direttiva 2011/95/UE, cit.; ripresa poi nell'art. 3, punto 11, regolamento (UE) 2024/1347, cit.

¹⁹ Risoluzione del Consiglio dell'Unione europea, del 26 giugno 1997, sui minori non accompagnati, cittadini di paesi terzi (97/C221/03).

²⁰ Sui minori stranieri non accompagnati, tra i molti, v. E. LAMBIASE, *op. cit.*; F. ROMEO, *Fenomeni migratori e tutela dei minori stranieri non accompagnati alla luce delle novità introdotte dal d.l. n. 133/2023*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 20, 2024, p. 184 ss.; G. PIGNATARO, *La spinosa protezione dei minori stranieri non accompagnati nel mosaico normativo europeo*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 4, 2023, p. 173 ss.; A. M. ROMITO, *I minori stranieri non accompagnati nell'Unione europea: lo stato dell'arte e le prospettive di riforma*, in I. CARACCIOLO, G. CELLAMMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 643 ss.; A. PITRONE, *La protezione dei minori stranieri non accompagnati nella*

zione giuridica del minore straniero non accompagnato, la quale impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie al fine di assicurare la protezione del minore stesso, conformemente al suo interesse superiore.

Per la tutela dei minori stranieri rilevano i principi generali che governano il settore dell'immigrazione e dell'asilo²¹, a partire dal divieto di respingimento enunciato dalla Convenzione di Ginevra del 1951, richiamata nell'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali, e garantito per il tramite dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul divieto di trattamenti inumani e degradanti, come interpretato dalla Corte europea di Strasburgo. È soprattutto il principio della tutela dell'interesse superiore del minore che riveste un ruolo preminente, in quanto, ai sensi dell'art. 24 della Carta²², che riprende l'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, esso deve essere preso in considerazione in tutte le decisioni e le situazioni che riguardano il minore stesso²³, ivi comprese le

giurisprudenza europea: quale possibile influenza sulle proposte contenute nel nuovo patto sulla migrazione e l'asilo?, in FSJ, n. 1, 2021, p. 29 ss.; C. COTTATELLUCCI, *Minori stranieri non accompagnati: linee evolutive del quadro normativo e questioni aperte*, e E. S. RIZZI, *I minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020, p. 327 ss. e p. 852 ss.; M. TOMASI, *Verso la definizione di uno statuto giuridico dei minori stranieri non accompagnati in Europa? Modelli astratti e concreti di tutela della vulnerabilità*, in Rivista AIC, n. 1, 2020, p. 519 ss.; G. TOMAI, *I minori stranieri non accompagnati fra tutela e accoglienza*, in *Minorigiustizia*, n. 1, 2019, p. 42 ss.; A. VERRONE, *Il trattamento dei minori non accompagnati*, in P. DE PASQUALE, F. FERRARO, A. CIRCOLO (a cura di), *La politica dell'Unione in tema di immigrazione. Recenti sviluppi e prospettive future*, Padova, 2018, p. 228 ss.; C. IPPOLITI, *La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione*, in NLCC, n. 2, 2018, p. 385 ss.; A. L. SCIACOVELLI, *Minori stranieri non accompagnati: criticità e nuovi sviluppi giurisprudenziali*, in SIE, n. 2, 2018, p. 499 ss.; A. MARTONE, *Il trattamento dei minori stranieri non accompagnati tra disposizioni europee e normativa nazionale*, 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. 297 ss.

²¹ Per un inquadramento, si veda, per tutti, U. VILLANI, *I principi della politica di asilo e d'immigrazione dell'Unione e il rischio di 'fortezza Europa'*, in FSJ, n. 2, 2023, p. 5 ss.

²² Cfr. Corte giust. 11 giugno 2024, C-646/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, punto 69 ss., dove viene precisato che l'art. 24, par. 2 della Carta «deve essere interpretato nel senso che osta a che l'autorità nazionale competente statuisca su una domanda di protezione internazionale presentata da un minore senza aver determinato in concreto l'interesse superiore di tale minore, nell'ambito di una valutazione individuale».

²³ L'art. 24 della Carta «si applica anche a decisioni che non hanno come destinatario il minore, ma che comportano conseguenze importanti per quest'ultimo»: così Corte giust. 3 giugno 2025, C-460/23, *Kinsa*, punto 48. In questa vicenda, la Corte ha escluso l'ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso illegale a carico di una cittadina di un paese terzo che era

relazioni familiari²⁴, tutelate dall'art. 7 della CEDU, al quale corrisponde l'art. 8 della Carta.

Nel panorama europeo, diversi documenti di *soft law* forniscono indicazioni e linee guida utili per la trattazione e la gestione dei casi riguardanti i minori migranti, quali, a mero titolo esemplificativo, le Strategie sui diritti dei minori dell'Unione europea²⁵ e del Consiglio d'Europa²⁶, la guida dell'EASO sull'interesse superiore del minore nelle procedure di asilo²⁷, l'Handbook dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali (FRA) sui diritti dei minori²⁸, la nota del Consiglio d'Europa e della FRA relativa ai minori nella

entrata irregolarmente in uno Stato UE accompagnata da un minore di cui era affidataria. Per un commento, v. E. PISTOIA, *Il colpo assestato alla crimmigration dalla sentenza Kinsa della Corte di giustizia*, in *Unione europea e Diritti*, n. 2, 2025.

²⁴ Con riferimento alla tutela del superiore interesse del minore nei contesti familiari, v., *inter alia*, M. C. BARUFFI, *Il principio dei best interests of the child negli strumenti di cooperazione giudiziaria civile europea*, in A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 233 ss.; C. E. TUO, *Superiore interesse del minore e regolamenti UE di diritto internazionale privato della famiglia*, in NGCC, n. 3, 2020, p. 676 ss.; G. BIAGIONI, L. CARPANETO, *Children under Brussels II ter Regulation*, in YPIL, 2020/2021, p. 139 ss.; L. CARPANETO, *Impact of the best interests of the child on the Brussels II ter Regulation*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds.), *op. cit.*, p. 265 ss.; EAD., *La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore «in astratto» e «in concreto» nella riforma del regolamento Bruxelles II-bis*, in RDIPP, n. 4, 2018, p. 944 ss.; 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*, Tomo II, 2017, p. 1087 ss.; O. LOPES PEGNA, *L'interesse superiore del minore nel Regolamento n. 2201/2003*, in RDIPP, n. 2, 2013, p. 357 ss.

²⁵ Comunicazione della Commissione, del 24 marzo 2021, Strategia dell'UE sui diritti dei minori, COM(2021)142 final.

²⁶ Council of Europe, *Strategy for the Rights of the Child (2022-2027)*. Anche l'art. 17 della Carta sociale europea, seppur con una diversa efficacia e portata, è dedicato alla protezione giuridica, sociale ed economica dei minori e dei giovani. Per un commento alla norma, sia consentito rinviare a C. PERARO, *Article 17 – The right of children and young persons to social, legal and economic protection*, in The Academic Network on the European Social Charter and Social Rights, S. ANGELERI, K. CASLA, S. VAN DROOGENBROECK (eds.), *The European Social Charter. A Commentary*, vol. 3, Part II, Leiden, 2024, p. 164 ss. Da ultimo, si veda European Committee of Social Rights (ECSR), *Conclusions 2023 in respect of the articles of the European Social Charter relating to Children, Family and Migrants*, 20 March 2024.

²⁷ European Asylum Support Office (EASO), *Guida pratica sull'interesse superiore del minore nelle procedure di asilo*, 2019.

²⁸ European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, 2022.

migrazione e la tutela dei diritti fondamentali alle frontiere europee²⁹, nonché la guida della FRA sui meccanismi per rispettare i diritti fondamentali³⁰.

Quando un minore straniero giunge nel nostro territorio, o eventualmente in quello di altri paesi UE, l'accertamento della sua età³¹ diviene di primaria importanza per l'adozione di misure e garanzie. A tal fine occorre determinare il momento al quale fare riferimento per stabilire l'età del migrante, soprattutto perché, nel corso della procedura di esame della domanda di protezione internazionale, lo stesso potrebbe diventare maggiorenne. Trova applicazione in merito il principio della presunzione della minore età, ritenuto fondamentale per tutelare il diritto al rispetto della vita privata di una persona straniera non accompagnata che si dichiara minorenne³². Da parte sua, la Corte di giustizia ha definito come rilevante la data di presen-

²⁹ Joint note by the Council of Europe and the European Union Agency for Fundamental Rights, *Children in migration: fundamental rights at European borders*, 2023.

³⁰ European Union Agency for Fundamental Rights, *National monitoring mechanisms under the EU Pact on Migration and Asylum: Guidance for EU Member States*, 2024.

³¹ In tema, si vedano R. BENDINELLI, *Le norme sul trattamento dei dati personali dei richiedenti asilo nell'Unione europea: talune criticità rispetto al caso dell'interessato minorenne*, in DIC, n. 1, 2024, p. 1 ss., spec. p. 24 ss.; O. FIORE, *Minori stranieri non accompagnati: dalla tutela alla diffidenza. il cambiamento di prospettiva nelle riforme contenute nel d.l. 133/2023*, *ivi*, p. 1 ss.; A. VETTOREL, *Challenges for the Protection of Migrant Children: The Right to Identity and the Age of Unaccompanied Minors Arriving at European Borders*, in EJIL, vol. 26, n. 4, 2024, p. 502 ss.; C. FRATEA, *L'accertamento della minore età del migrante e il diritto all'unità familiare: una lettura evolutiva della giurisprudenza della Corte di giustizia a tutela dei beneficiari di protezione internazionale*, in questa Rivista, 2023, p. 423 ss.; D. MANDRIOLI, *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati in Italia e il diritto internazionale: dalla legge Zampa alle recenti novità promosse dal Governo*, in SIDIBlog, n. 10, 2023, p. 123 ss.; M. BENVENUTI, *Dubito ergo iudico. Le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati in Italia*, in DIC, n. 1, 2022, p. 172 ss.; S. PENASA, *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati: quali garanzie? Un'analisi comparata e interdisciplinare*, in *federalismi.it*, n. 2, 2019, p. 99 ss.; C. IPPOLITI, *op. cit.*, p. 390 ss.; nonché Council of Europe, *Human rights principles and guidelines on age assessment in the context of migration – Recommendation CM/Rec 22 (2022) of the Committee of Ministers and its Explanatory Memorandum* 2023, e *Age assessment for children in migration – A guide for policy makers*, 2019.

³² Si veda Corte EDU 21 luglio 2022, ric. n. 5797/17, *Darboe e Camara/Italia*; commentata da F. DI GIANNI, *Il trattamento dei minori stranieri*, *cit.*, p. 22 ss.; A. CORDIANO, *La condanna della Cedu per la violazione dei diritti dei minori stranieri non accompagnati in tema di accertamento dell'età e di condizioni inumane e degradanti dei centri di accoglienza*, in *Famiglia e diritto*, n. 3, 2023, p. 196 ss.; I. MARCHIORO, *Riflessioni sull'effettività della tutela dei minori richiedenti asilo negli strumenti rimediali europei a margine della sentenza Darboe e Camara c. Italia*, in *OIDU*, n. 3, 2023, p. 142 ss.

tazione della domanda di asilo da parte del minore³³, che corrisponde al momento in cui deve essere determinato lo Stato membro competente ad esaminare tale domanda³⁴, oppure la data di presentazione della domanda per ricongiungimento familiare³⁵ da parte dei genitori, qualora il beneficiario diventi maggiorenne nel corso della procedura³⁶, anche indipendentemente dal fatto che sia coniugato³⁷. Diversamente, qualora le ragioni della migra-

³³ Sul punto, v. Corte giust. 12 aprile 2018, C-550/16, *A e S*, dove ha specificato che deve essere qualificato come «minore», ai fini dell'applicazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, «un cittadino di paesi terzi o un apolide che aveva un'età inferiore ai diciotto anni al momento del suo ingresso nel territorio di uno Stato membro e della presentazione della sua domanda di asilo in tale Stato, ma che, nel corso della procedura di asilo, raggiunge la maggiore età e ottiene in seguito il riconoscimento dello *status* di rifugiato» (punto 64), in quanto in tal modo viene garantito «un trattamento identico e prevedibile a tutti i richiedenti che si trovano cronologicamente nella stessa situazione, assicurando che il buon esito della domanda di ricongiungimento familiare dipenda principalmente da circostanze imputabili al richiedente e non all'amministrazione, quali la durata di trattamento della domanda di protezione internazionale o della domanda di ricongiungimento familiare» (punto 60). Tuttavia, «la domanda di ricongiungimento familiare formulata sulla base dell'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della suddetta direttiva [deve], in linea di principio, in una situazione di tal genere, essere presentata entro un termine di tre mesi a decorrere dal giorno in cui al minore interessato è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato» (punto 61).

³⁴ Cfr. art. 7 del regolamento (UE) n. 604/2013, cit.; art. 24, par. 2 del regolamento (UE) 2024/1351, cit., che però fa riferimento al momento in cui la domanda viene registrata (v. *infra*, par. 3).

³⁵ Sul ricongiungimento familiare e sui trasferimenti a tale titolo, v. *infra*, par. 7.

³⁶ Corte giust. 16 luglio 2020, C-133/19, C-136/19 e C-137/19, *B.M.M. e a./Stato belga*, dove è stato chiarito che non viene in considerazione la data «in cui le autorità competenti di tale Stato membro statuiscono su tale domanda, eventualmente dopo un ricorso avverso la decisione di rigetto di siffatta domanda» (punto 47). In senso conforme, Corte giust. 1° agosto 2022, C-273/20 e C-355/20, *Bundesrepublik Deutschland*, in base alla quale una normativa nazionale non può richiedere, «in caso di ricongiungimento familiare dei genitori con un rifugiato minore non accompagnato [...], che tale rifugiato sia ancora minorenne alla data della decisione sulla domanda d'ingresso e di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare presentata dai genitori del soggiornante» (punto 49). V. anche Corte giust. 30 gennaio 2024, C-560/20, *Landeshauptmann von Wien*, con cui ha stabilito che gli ascendenti diretti di primo grado di un rifugiato minore non accompagnato non sono obbligati a presentare la domanda di ingresso e di soggiorno, ai fini del ricongiungimento familiare con quest'ultimo, entro un termine determinato, qualora tale rifugiato sia ancora minorenne alla data di presentazione di detta domanda e diventi maggiorenne nel corso della procedura di ricongiungimento familiare.

³⁷ Corte giust. 17 novembre 2022, C-230/21, *X/Stato belga* (Minore rifugiato coniugato), dove viene affermato che, per acquisire lo status di soggiornante, ai fini del ricongiungimento

zione siano diverse da quelle a fondamento della protezione internazionale, come nei casi di migrazione economica³⁸, il momento da considerare per valutare l'età del richiedente è quello della presentazione della domanda di ricongiungimento e non quella di ingresso e soggiorno³⁹. In tal modo si verificano, però, disparità di trattamento tra minori migranti in ragione delle diverse motivazioni alla base del loro spostamento, che rischiano di pregiudicare l'effettività della protezione imposta dalla loro situazione giuridica⁴⁰.

Da uno sguardo complessivo della normativa poc'anzi menzionata con riferimento ai minori migranti, emerge una disciplina impostata sulla necessità di controllare il fenomeno migratorio, pur richiedendo che vengano predisposte specifiche garanzie in relazione all'età del migrante, finalizzate a tutelare il suo interesse superiore⁴¹. Risulta pertanto prevalente la considerazione dello *status* di migrante, rispetto alla vulnerabilità della persona. In ragione di un eccesso di formalismi procedurali rimarrebbe, perciò, il rischio di pregiudicare il minore e le sue esigenze, come appare dalle disposizioni relative agli accertamenti alle frontiere, che risulterebbero inadeguati in quanto attuabili a tutti i migranti, senza una particolare attenzione alla condizione del minore stesso. Allo stesso modo, il trattamento dei dati biometrici ai minori di almeno sei anni potrebbe rivelarsi una pratica invasiva, tenuto conto della loro età⁴². E ancora, la previsione di procedure speciali per i minori, da espletare con urgenza e in breve tempo, potrebbe

familiare con i suoi genitori, un rifugiato minore non accompagnato residente in uno Stato membro non deve essere non coniugato (punto 44 ss.). Per alcuni commenti, v. C. M. ZAMORA-GOMEZ, *The Best Interests of Refugee Girls Victims of Forced Marriage in the European Justice: Family Reunification and Private Life*, in *OIDU*, n. 2, 2024, p. 283 ss., spec. p. 293 ss.; G. ROASIO, *La disciplina del ricongiungimento familiare quando il richiedente sia un rifugiato minore straniero non accompagnato coniugato: un'interpretazione della CGUE alla luce del principio del preminente interesse del minore*, in *DPCE online*, n. 1, 2023, p. 1471 ss.

³⁸ In generale, la politica europea dell'immigrazione non si occupa di migrazione economica: per un'analisi critica, v. C. FAVILLI, *La mancanza di una politica di immigrazione per motivi economici*, in *QC*, n. 2, 2018, p. 361 ss.

³⁹ C. FRATEA, *L'accertamento della minore età del migrante e il diritto all'unità familiare*, cit., p. 183.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ F. DI GIANNI, *Il trattamento dei minori stranieri*, cit., p. 5 ss. e p. 27 ss.; G. PIGNATARO, *La spinosa protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 194 ss.

⁴² F. DI GIANNI, *Il trattamento dei minori stranieri*, cit., p. 11 ss., sull'identificazione alle frontiere e sulla raccolta dei dati biometrici dei minori di età non inferiore ai 6 anni, modificata, rispetto alla soglia dei 14 anni prevista precedentemente, dal nuovo regolamento (UE) 2024/1358 cit. (il cui art. 26 su rilevamento e trasmissione di dati biometrici si applicherà dal 12 giugno 2029).

incidere negativamente sulla gestione della situazione del minore, poiché, se effettuate in modo poco accurato, tali procedure creano di fatto ostacoli alla predisposizione di garanzie adeguate. Anche con riguardo all'accoglienza⁴³ i minori potrebbero non beneficiare delle opportune cautele, visto che permane una discrezionalità in capo agli Stati in relazione alle modalità attuative.

La protezione del minore straniero risulta, pertanto, subordinata o, meglio, "prevaricata" dalla necessità di far fronte al fenomeno migratorio, tale da potersi definire come una tutela "gestita" o "controllata". Ciò trova conferma avendo riguardo alla questione relativa alla determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale presentata dai minori migranti⁴⁴, dove, pur prevedendosi il possibile trasferimento degli stessi per la presa o ripresa in carico dallo Stato di primo ingresso⁴⁵, rimane il rischio di allungare le procedure. Un siffatto pregiudizio emerge *a fortiori* ogniqualvolta si debbano adottare misure di protezione del minore straniero in quanto tale, indipendentemente da quelle connesse alla domanda di asilo. È pur vero che disposizioni specifiche in questo contesto servono per controllare l'arrivo dei minori, ma è *altrettanto* necessario che adeguate garanzie vengano predisposte per permettere una gestione immediata e accurata, assicurando la trattazione prioritaria delle loro domande e, eventualmente, l'adozione delle ulteriori decisioni che li riguardano.

È con riferimento a tali ultimi provvedimenti che si intende valutare, in prospettiva internazionalprivatistica, l'adeguatezza dei criteri e dei meccanismi rilevanti applicabili ai minori migranti, facendo riferimento, accanto al regolamento (UE) 604/2013 (c.d. Dublino III) e al suo successore il regolamento (UE) 2024/1351 sulla gestione dell'asilo e della migrazione, al regolamento (UE) 2019/1111 (c.d. Bruxelles II *ter*)⁴⁶ e alla convenzione dell'Aja

⁴³ In merito al trattenimento di minori, si è espressa in varie occasioni anche la Corte EDU, cfr. ric. n. 47287/17, *A.T. e altri c. Italia*, con cui ha condannato l'Italia per aver trattenuto illegittimamente alcuni minori stranieri non accompagnati nel c.d. hotspot di Taranto, in condizioni considerate lesive del divieto di trattamenti inumani e degradanti. Per alcuni commenti, v. E. CELORIA, *L'Italia nuovamente condannata a Strasburgo per il trattamento dei minori stranieri non accompagnati*, in *QC*, n. 1, 2024, p. 218 ss.; C. PASINI, *Hotspot e minori stranieri non accompagnati: la Corte EDU condanna l'Italia per il loro illegittimo trattenimento*, in *Sistema penale*, n. 1, 2024, p. 41 ss.

⁴⁴ In base al regolamento (UE) n. 604/2013, cit. (vedi *amplius infra*, par. 3).

⁴⁵ A tal riguardo, vedi *infra*, par. 7.

⁴⁶ Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in

del 1996⁴⁷, che contengono criteri specifici relativi a rifugiati o sfollati e procedure per il collocamento in altri Stati.

3. *Competenza ad esaminare la domanda di protezione internazionale del minore straniero: il “sistema Dublino”*

La questione principale nella gestione dei flussi migratori riguarda la determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda di asilo. La normativa di riferimento è contenuta nel regolamento Dublino III⁴⁸, che dal 1° luglio 2026 sarà sostituito dal nuovo “regolamento gestione”⁴⁹.

La disciplina vigente stabilisce che il paese membro responsabile dell'esame di una domanda di protezione internazionale è, in linea di principio, lo Stato di primo ingresso irregolare⁵⁰. L'individuazione dello Stato competente deve essere effettuata⁵¹ in base a diversi fattori, tra cui, in ordine

materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione); vedi *amplius infra*, par. 4.

⁴⁷ 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; vedi *infra*, par. 5.

⁴⁸ Regolamento (UE) 604/2013, cit.; per una disamina, *inter alia*, v. S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, 2^a ed., Torino, 2022, p. 175 ss.

⁴⁹ Sul regolamento (UE) 2024/1351, cit., si vedano in particolare art. 24 ss. Per un commento al nuovo regolamento, v. P. DE PASQUALE, *Pensare al futuro, restando ancorati al passato: riflessioni sulla determinazione dello Stato competente alla luce del regolamento 2024/1351*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 1 ss.; v. anche *infra*, par. 7, in relazione alle procedure di presa e ripresa in carico.

⁵⁰ Artt. 13-14 del regolamento (UE) 604/2013, cit. In merito ai criteri di Dublino, v. C. FAVILLI, *La solidarietà flessibile e l'inflessibile centralità del sistema Dublino*, in *DUDI*, n. 1, 2021, p. 85 ss., spec. p. 90 ss.; T. M. MOSCHETTA, *I criteri di attribuzione delle competenze a esaminare le domande d'asilo nei recenti sviluppi dell'iter di riforma del regime di Dublino*, in *federalismi.it*, n. 5, 2018, p. 1 ss.; nonché F. BUONOMENNA, *Misure di solidarietà e questioni di effettività nella disciplina contenuta nel regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 1 ss., spec. p. 3 ss.

⁵¹ La procedura di determinazione dello Stato membro competente deve essere avviata non appena una domanda di protezione internazionale è presentata per la prima volta in uno Stato membro: Corte giust. 26 luglio 2017, C-670/16, *Mengesteab*, punto 85.

gerarchico⁵², la minore età del richiedente non accompagnato⁵³, la presenza di familiari⁵⁴ e, infine, il possesso di un visto o di un titolo di soggiorno⁵⁵. Questa struttura a cascata permette di perseguire l'obiettivo di considerare, in primo luogo, la situazione di vulnerabilità delle persone minori, nonché di tutelare, laddove possibile, l'unità familiare⁵⁶.

Ai richiedenti asilo lo Stato competente deve assicurare diverse garanzie, quali il diritto di informazione (art. 4), lo svolgimento di colloqui personali (art. 5), l'assistenza legale (art. 26) e il diritto di fare ricorso avverso decisioni di trasferimento in un altro paese UE, compresa la richiesta della sospensione (art. 27)⁵⁷. Inoltre, garanzie specifiche devono essere riconosciute in capo ai minori, soprattutto a quelli non accompagnati, come indicate nell'art. 6⁵⁸ e riprodotte in modo più organico nell'art. 23 del nuovo "regolamento gestione". In particolare, l'art. 6 prevede che l'interesse superiore del minore⁵⁹ debba costituire un «criterio fondamentale» nell'attuazione di tutte le procedure. Tale locuzione è destinata ad essere sostituita nella nuova formulazione dalla nozione di «considerazione preminente», con la precisazione che le procedure che includono minori devono essere «trattate in via prioritaria». Necessario a tal fine è che vi sia un soggetto che rappresenti e/o assista il minore non accompagnato in tutte le procedure⁶⁰, la cui nomi-

⁵² Art. 7 del regolamento (UE) n. 604/2013, cit.

⁵³ *Ivi*, art. 8.

⁵⁴ *Ivi*, artt. 9-10.

⁵⁵ *Ivi*, art. 12.

⁵⁶ Cfr. considerando n. 16 del regolamento (UE) 604/2013, cit. Per un commento sulla tutela dell'unità familiare del minore in questo contesto, v. M. CASTIGLIONE, *L'interesse superiore del minore al ricongiungimento familiare tra sovranità statale e regolamento Dublino III*, in *DIC*, n. 1, 2020, p. 110 ss.

⁵⁷ A tal riguardo, v. M. FERRI, *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva tra incertezze e potenzialità: spunti da alcune delle procedure previste dal nuovo Patto*, in questo fascicolo speciale, p. 1 ss., spec. p. 20 ss.

⁵⁸ In merito, v. F. IPPOLITO, *Procedural rights for migrant children: tailoring specific international standards*, in F. IPPOLITO, G. BIAGIONI (eds.), *op. cit.*, p. 163 ss.

⁵⁹ La norma specifica che, nel valutare l'interesse superiore del minore, gli Stati membri cooperano tra loro e «tengono debito conto, in particolare, dei seguenti fattori: a) le possibilità di ricongiungimento familiare; b) il benessere e lo sviluppo sociale del minore; c) le considerazioni di sicurezza, in particolare se sussiste un rischio che il minore sia vittima della tratta di esseri umani; d) l'opinione del minore, secondo la sua età e maturità».

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 2, lett. k), del regolamento (UE) 604/2013, cit., per «rappresentante» deve intendersi «la persona o l'organizzazione designata dagli organismi competenti per assistere e rappresentare un minore non accompagnato nelle procedure previste dal presente regolamento, allo scopo di garantirne l'interesse superiore e di esercitare la capacità giuridica

na deve essere effettuata in base al diritto nazionale, vale a dire secondo le procedure e le disposizioni interne dello Stato competente ad esaminare la domanda di asilo.

Quando il richiedente è un minore che giunge non accompagnato, spetta, in base all'art. 8 del regolamento Dublino III⁶¹, allo Stato membro dove ha presentato la domanda provvedere all'esame e adottare, nel più breve tempo possibile, opportune disposizioni per identificare i familiari, fratelli o parenti, presenti nel territorio di altri Stati membri. Il paese UE dove si trova un familiare diventa, infatti, competente per la domanda del minore⁶². In mancanza di persone legate da qualsiasi vincolo di parentela, rimane responsabile il primo Stato, purché ciò sia nell'interesse superiore del minore stesso⁶³.

Diverso è il caso, poi, in cui il minore non accompagnato abbia presentato domanda in più Stati membri: a divenire competente, come stabilito dalla Corte di giustizia nella causa *M.A.*⁶⁴, è lo Stato nel quale il minore si trova, che non potrà disporre il trasferimento del minore stesso nel Paese ove abbia precedentemente presentato un'analoga istanza, al fine di evitare ulteriori prolungamenti delle procedure, tenuto conto della situazione

di agire per suo conto, ove necessario. L'organizzazione designata come rappresentante nomina una persona responsabile di assolvere le sue funzioni nei confronti del minore, ai sensi del presente regolamento». Sulla figura del tutore, si vedano, per tutti, C. GARLATTI, *Il sistema della tutela volontaria in Italia*, in *Minorigiustizia*, n. 11, 2024, p. 113 ss.; G. PIGNATARO, *Il tutore volontario dei minori migranti: una figura nuova ma poco attrattiva*, in *FSJ*, n. 1, 2024, p. 96 ss.; A. DI PASCALE, C. CUTTITTA, *La figura del tutore volontario dei minori stranieri non accompagnati nel contesto delle iniziative dell'Unione europea e della nuova normativa italiana*, in *DIC*, n. 1, 2019, p. 1 ss.

⁶¹ Nel nuovo regolamento (UE) 2024/1351, cit., si veda l'art. 25 "Minori non accompagnati".

⁶² Art. 8, parr. 1-2 del regolamento (UE) n. 604/2013, cit. Se risulta che i familiari o i parenti soggiornino in diversi Stati membri, quello competente deve essere individuato sulla base dell'interesse superiore del minore non accompagnato (par. 3).

⁶³ *Ivi*, art. 8, par. 4.

⁶⁴ Corte giust. 6 giugno 2013, C-648/11, *MA e a.*, che interpreta l'art. 6, par. 2 del precedente regolamento (CE) n. 343/2003, cit., relativo alla competenza dello Stato membro in cui il minore ha presentato la domanda d'asilo in mancanza di familiari. Per un commento, v. A. DEL GUERCIO, *Superiore interesse del minore e determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione europea*, in *DUDI*, n. 1, 2014, p. 243 ss.; nonché, sul mancato recepimento del principio affermato dalla Corte di giustizia, C. FAVILLI, *La difficile costruzione di un sistema europeo comune di asilo*, in *Minorigiustizia*, n. 1, 2019, p. 33 ss., spec. p. 38.

di vulnerabilità del minore⁶⁵. Tuttavia, ciò non impone che, quando la domanda del minore non accompagnato sia già stata respinta nel merito in un primo Stato membro, un altro Stato membro debba esaminare una nuova domanda⁶⁶.

Le disposizioni del “sistema Dublino” sono state sostanzialmente mantenute nel nuovo art. 25 del regolamento (UE) 2024/1351, con una significativa differenza⁶⁷: il par. 5 prevede che, qualora non sia presente in uno Stato UE un familiare, sia competente lo Stato membro in cui la domanda di protezione internazionale «è stata registrata per la prima volta, se ciò è in linea con l’interesse superiore del minore». In tal modo non viene codificata l’interpretazione fornita dalla Corte di giustizia con riferimento all’art. 8 del regolamento Dublino III, che dava rilievo alla presenza fisica del minore. Il criterio del luogo di registrazione della domanda risulta, di fatto, meno flessibile, potendo rappresentare un limite nella gestione della situazione del minore, in quanto impedirebbe alle autorità dello Stato, dove egli potrebbe trovarsi a seguito di movimenti secondari e presentare una nuova domanda, di farsene carico. Si renderebbe così necessario il suo trasferimento nello Stato di registrazione, sempre che ciò non sia incompatibile col suo interesse superiore⁶⁸, col rischio però di allungare le procedure e le tempistiche per l’esame della domanda.

Il criterio della presenza fisica del minore appare, pertanto, più adeguato ad assicurare una celere trattazione della sua situazione, valutato il suo superiore interesse, anche alla luce del fatto che esso è conforme a quanto previsto negli strumenti internazionalprivatistici in materia di protezione del minore migrante, come risulta dalle norme rilevanti del regolamento Bruxelles II *ter* e della convenzione dell’Aja del 1996.

4. *Competenza giurisdizionale per le misure di protezione del minore straniero: il “sistema Bruxelles”*

Una volta che il minore migrante si trovi sul territorio di uno Stato membro, indipendentemente dalla pendenza dell’esame della domanda di asilo,

⁶⁵ *MA e a.*, sopra citata, punto 55.

⁶⁶ *Ivi*, punto 63.

⁶⁷ Per una analisi critica, v. F. DI GIANNI, *Il trattamento dei minori stranieri*, cit., spec. p. 16 ss., nonché P. DE PASQUALE, *op. cit.*, p. 9 ss.

⁶⁸ Sulle procedure di presa e ripresa in carico e i trasferimenti in generale, vedi *infra*, par. 7.

può rivelarsi opportuno che le autorità nazionali coinvolte nella gestione della migrazione adottino non solo misure di natura pubblicistica, ma anche provvedimenti finalizzati a tutelare il minore in quanto tale. Tra questi ultimi rientrano la nomina del tutore o del rappresentante legale, l'approvazione o ratifica di provvedimenti, il collocamento, anche transfrontaliero, in famiglia o istituti. Trattandosi di misure di protezione di minori stranieri, provenienti da Paesi terzi, non strettamente connesse alla politica migratoria, vengono in considerazione i profili di diritto internazionale privato. Risulta così necessaria, in primo luogo, la verifica della giurisdizione da parte dell'autorità dello Stato competente ad esaminare la domanda di asilo, vuoi quale Stato di primo ingresso vuoi perché ivi si trova il minore. Per individuare l'autorità nazionale responsabile ad adottare le misure di protezione per i minori, si deve perciò fare riferimento al regolamento Bruxelles II *ter*⁶⁹.

⁶⁹ Regolamento (UE) 2019/1111 cit., che si applica in tutti gli Stati UE ad eccezione della Danimarca (cfr. considerando n. 96). Per alcuni riferimenti in dottrina, v. M. C. BARUFFI, *Uno sguardo critico al "nuovo" Regolamento dell'Unione europea in materia matrimoniale, di responsabilità genitoriale e di sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 1151 ss.; N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *Brussels II-ter. Cross-border Marriage Dissolution, Parental Responsibility Disputes and Child Abduction in the EU*, Cambridge, 2024; C. M. C. DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea (VII): Crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores. El Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019*, Madrid, 2024; L. LUSZNAT, *The Brussels IIb Regulation – Most significant changes compared to its predecessor and enhancement of the 1980 Hague Convention on International Child Abduction*, in *Journal of Private International Law*, vol. 20, 2024, p. 129 ss.; S. CORNELOUP, V. ÉGÉA, E. GALLANT, F. JAULT-SESEKE (sous la direction de), *Divorce, responsabilité parentale, enlèvement international. Commentaire du règlement 2019/1111 du 25 juin 2019 (Bruxelles II ter)*, Bruxelles, 2023; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, L. CARPANETO, T. KRUGER, I. PRETELLI, M. ŽUPAN (eds.), *Jurisdiction, Recognition and Enforcement in Matrimonial and Parental Responsibility Matters. A Commentary on Regulation 2019/1111 (Brussels IIb)*, Cheltenham UK, 2023; U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels IIter Regulation – Commentary*, Köln, 2023; M. WILDERSPIN, *European Private International Family Law: The Brussels IIb Regulation*, Oxford, 2023; C. HONORATI, M. C. BARUFFI, *EU private international law in family matters: legislation and CJEU case law*, Cambridge, 2022; E. BERGAMINI, *Giurisdizione e riconoscimento delle sentenze di Stati terzi in materia familiare: i regolamenti 2201/2003 e 2019/1111*, in *DUE*, nn. 3-4, 2021, p. 401 ss.; C. HONORATI, M. C. BARUFFI, *Codice del diritto internazionale privato della famiglia*, II ed., Pisa, 2021; S. CORNELOUP, T. KRUGER, *Le règlement 2019/1111, Bruxelles II : la protection des enfants gagne du terrain*, in *Revue critique de droit international privé*, n. 2, 2020, p. 215 ss.; M. A. LUPOI, *Il regolamento (Ue) n. 1111 del 2019: novità in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2, 2020, p. 575 ss.; G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione*

I due sistemi, “Dublino” e “Bruxelles”, presentano ambiti di applicazione e finalità differenti e sono quindi da considerare autonomi e distinti⁷⁰. Il primo, come già osservato, riguarda i criteri e le procedure per l’attribuzione dello *status* di rifugiato o di altra forma di protezione internazionale; il secondo si occupa delle questioni relative alla competenza giurisdizionale, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni, di accordi o atti pubblici, in materia di responsabilità genitoriale e di protezione del minore⁷¹.

Nonostante il regolamento Bruxelles II *ter* non escluda dal suo ambito materiale le «decisioni sul diritto d’asilo e nel settore dell’immigrazione», come invece faceva il precedente Bruxelles II *bis*⁷², è pacifica la loro esclusione, avendo riguardo al suo art. 1. Tra le misure di protezione dei minori sono comprese anche quelle aventi natura pubblicistica, non solo quindi quelle connesse ai rapporti familiari e alla responsabilità genitoriale⁷³. Al fine di adottare i provvedimenti per rispondere alle esigenze dei minori migranti appena sbarcati sul territorio dell’Unione, l’autorità adita dello Stato membro competente per l’esame della domanda di asilo dovrà

internazionale di minori, in RDI, n. 4, 2019, p. 1169 ss.; C. HONORATI (ed.), *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction*, Torino, 2017; nonché v. Commissione europea, *Guida pratica all’applicazione del regolamento Bruxelles II ter*, 2023, reperibile online.

⁷⁰ Sul rapporto tra i due strumenti, C. HONORATI, *Jurisdiction in Matrimonial Matters*, cit., p. 691 ss.; Study *Children on the move*, cit.; nonché C. DI STASIO, *La violazione del diritto all’unità familiare dei minori stranieri non accompagnati: quali le possibili soluzioni nel diritto interazionale privato?*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, n. 2, pp. 273-325.

⁷¹ Nella nozione di «responsabilità genitoriale» rientrano «i diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore», tra i quali sono compresi il diritto di affidamento e il diritto di visita: cfr. art. 2, par. 2, punto 7 del regolamento (UE) 2019/1111, cit. Si veda anche il considerando n. 7, dove viene precisato che «il presente regolamento dovrebbe disciplinare tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, incluse le misure di protezione del minore, indipendentemente da qualsiasi nesso con procedimenti matrimoniali o altri procedimenti».

⁷² 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, spec. nel considerando 10.

⁷³ Ai sensi dell’art. 1, par. 2, del regolamento (UE) 2019/1111, cit., sono comprese la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi; la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o assistano; il collocamento del minore in affidamento presso una famiglia o un istituto; i provvedimenti di protezione del minore legati all’amministrazione, alla conservazione o all’alienazione dei beni del minore.

quindi verificare la sua competenza in virtù dei criteri indicati nel “sistema Bruxelles”.

Si prenda come esempio la nomina del rappresentante o tutore richiesta, ai sensi dell'art. 6 del regolamento Dublino III, quale garanzia specifica a tutela del minore non accompagnato nel corso delle procedure contemplate da tale regolamento⁷⁴. Si tratta di una misura di natura procedurale, con funzioni particolari circoscritte alla corretta gestione della migrazione, che trova la sua disciplina nella *lex fori*, cioè nella legge sostanziale dell'ordinamento dell'autorità incaricata dell'esame della domanda di asilo⁷⁵. Diversamente, indipendentemente dal contesto migratorio, la nomina del tutore o del rappresentante, che deve prendersi cura del minore e del suo benessere, rientra nella categoria delle misure di responsabilità genitoriale, avendo lo scopo di tutelare la persona del minore in quanto tale, nonché i suoi interessi⁷⁶. Di fatto, potrebbero essere nominati due tutori con funzioni distinte, oppure un unico rappresentante incaricato sia per l'esame della domanda di asilo sia per la tutela degli ulteriori interessi. È con riguardo a queste diverse finalità di protezione che si pone il problema della determinazione della competenza giurisdizionale.

La misura da adottare potrebbe qualificarsi come provvedimento provvisorio, tenuto conto dell'urgenza e dell'esigenza di tutelare il minore vuoi per il periodo necessario allo svolgimento dell'esame della richiesta di asilo vuoi fino a una certa data, quale il raggiungimento della maggiore età, oppure ancora per affidarlo ad altro rappresentante. In queste ipotesi, l'autorità adita, che non sia competente nel merito secondo il regolamento Bruxelles II-ter, potrebbe, in base all'art. 15 dello stesso⁷⁷, adottare misure provvisorie

⁷⁴ Sul punto vedi *supra*, par. 3.

⁷⁵ In Italia si deve fare riferimento alla Legge 7 aprile 2017, n. 47, *Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati* (c.d. legge Zampa), che prevede l'istituzione di un elenco di tutori volontari presso ogni tribunale per i minorenni. Per un commento sulle ultime modifiche introdotte, v. A. RAUTI, *I diritti dei minori stranieri non accompagnati e la logica dell'emergenza*, in *Gruppo di Pisa*, 2024, n. 1, pp. 256-281.

⁷⁶ Cfr. art. 2, par. 1, lett. c), del regolamento (UE) 2019/1111, cit.

⁷⁷ Cfr. considerando nn. 30-31. La norma ha ripreso, con modifiche, il precedente art. 20 del regolamento (CE) 2201/2003, cit. In merito, v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 172 ss.; M. PERTEGAS SENDER, *Article 15*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 217 ss.; M. WILDERSPIN, *op. cit.*, p. 235 ss.; P. BRUNO, *La circolazione dei provvedimenti cautelari e degli accordi in materia di status dopo l'entrata in vigore del Regolamento Bruxelles II-ter*, in *Rivista AIAF*, n. 4, 2022, p. 301 ss., spec. p. 306 ss.; C. HONORATI, *La tutela dei minori migranti e il diritto internazionale privato*, cit., p. 704 ss.; M. A. LUPOI, *op. cit.*, p. 585 ss.; L. SANDRINI, *Provisional measures and the best interests of the child in the field of parental*

nei confronti del minore o dei suoi beni presenti nello Stato membro, seppure con effetti limitati anche da un punto di vista territoriale, in quanto essi «non circolano» e «non seguono» il minore in caso di suo trasferimento in un altro Stato⁷⁸.

Il ricorso a forme di tutela temporanea può risultare particolarmente utile per i minori migranti, per i quali risulta difficilmente utilizzabile il principale titolo di giurisdizione di cui all'art. 7 del regolamento 2019/1111, che si fonda sulla residenza abituale del minore⁷⁹, provenendo generalmente da Stati terzi. Laddove, invece, la residenza abituale del minore fosse in un altro Stato UE, la giurisdizione sarebbe radicata in capo alle autorità di tale altro Stato in conformità col principio di prossimità⁸⁰.

In presenza di minori stranieri, il titolo di giurisdizione di cui all'art. 11 basato sulla presenza fisica del minore nel foro⁸¹ può trovare frequente attuazione, in considerazione del fatto che è applicabile anche quando sono coinvolti cittadini di paesi terzi. Nel valutare le esigenze del minore migrante, l'autorità dello Stato membro in cui egli è giunto ha il potere di adottare tutte quelle misure necessarie per garantire la sua tutela per finalità diverse e ulteriori rispetto alla procedura relativa all'esame della domanda di asilo.

Più in dettaglio, in base al par. 1 dell'art. 11, nei casi in cui «non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore⁸², [...] sono competenti le

responsibility, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds.), *op. cit.*, p. 287 ss.; nonché *Guida pratica Bruxelles II ter*, cit., p. 42.

⁷⁸ C. HONORATI, *La tutela dei minori migranti e il diritto internazionale privato*, cit., p. 704.

⁷⁹ Per alcuni commenti, v. M. C. BARUFFI, *Uno sguardo critico al "nuovo" Regolamento dell'Unione europea in materia matrimoniale, di responsabilità genitoriale e di sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 6 ss.; N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 111 ss.; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Article 7*, in C. GONZÁLEZ BEILFUSS, L. CARPANETO, T. KRUGER, I. PRETELLI, M. ŽUPAN (eds.), *op. cit.*, p. 91 ss.; T. GARBER, *Article 7*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 125 ss.; M. WILDERSPIN, *op. cit.*, p. 172 ss.; M. A. LUPOI, *op. cit.*, p. 578 ss.; nonché *Guida pratica Bruxelles II ter*, cit., p. 53.

⁸⁰ Sul criterio di vicinanza o prossimità, *inter alia*, v. O. LOPES PEGNA, *Continuità interpretativa e novità funzionali alla tutela dell'interesse del minore nel Regolamento Bruxelles II-ter*, in *RDIPP*, n. 4, 2023, p. 832 ss., spec. p. 837 ss.; C. E. TUO, *op. cit.*, p. 678 s.

⁸¹ In merito, v. M. C. BARUFFI, *Uno sguardo critico*, cit., p. 7 ss.; N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 147 ss.; L. CARPANETO, *Article 11*, in C. GONZÁLEZ BEILFUSS, L. CARPANETO, T. KRUGER, I. PRETELLI, M. ŽUPAN (eds.), *op. cit.*, p. 128 ss.; T. GARBER, *Article 11*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 184 ss., spec. p. 191 ss.; M. WILDERSPIN, *op. cit.*, p. 211 ss.; *Study Children on the Move*, cit., p. 15 ss.; nonché *Guida pratica Bruxelles II ter*, cit., p. 71.

⁸² È irrilevante, trattandosi di minori migranti, l'ulteriore precisazione in forza della quale la norma si applica quando non sia stata effettuata la scelta del foro.

autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui si trova il minore». La disposizione, che riprende il contenuto del precedente art. 13 del regolamento Bruxelles II *bis*, persegue l'obiettivo di assicurare la competenza di un giudice laddove manchino le condizioni per soddisfare altri criteri di collegamento. Si tratta di una competenza residuale, cui fare riferimento in ipotesi eccezionali, che costituisce un *forum necessitatis*⁸³. Questo titolo, pertanto, può legittimamente fondare la competenza "piena" dell'autorità coinvolta ai fini dell'adozione di misure di protezione a favore di minori stranieri, per i quali potrebbe risultare, di fatto, difficile collocare la loro residenza in un paese specifico.

Il criterio della presenza fisica, infatti, «si applica anche ai minori rifugiati o ai minori sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei rispettivi Stati membri di residenza abituale»⁸⁴, come stabilito dall'art. 11, par. 2. Una prima osservazione riguarda la circostanza che, diversamente dai requisiti *sub* par. 1, in questo caso è possibile determinare la precedente residenza abituale, sebbene il collegamento con il paese di origine venga meno e sia da considerarsi affievolito a causa dei disordini che hanno spinto i minori ad allontanarsi⁸⁵. La formulazione, proprio con riferimento all'indicazione dei paesi di provenienza, risulta più restrittiva rispetto alla precedente versione del regolamento Bruxelles II *bis* che utilizzava i termini «nei loro paesi». Infatti, l'art. 11 oggi vigente ha una applicazione residuale, come precisato nel considerando n. 25, poiché rileva solo per i minori che prima dello sfollamento risiedevano in un altro Stato membro dell'Unione. Pur potendosi ritenere una sua attuazione nella pratica poco probabile, la disposizione si giustifica alla luce del fatto che, in tutti gli altri casi, trova applicazione l'art. 6 della convenzione dell'Aja del 1996, ogniqualvolta, cioè, i disordini si verifichino in paesi terzi, sia contraenti sia non contraenti la convenzione stessa⁸⁶.

Permangono, nondimeno, alcune criticità relative all'art. 11 in merito alla sua portata soggettiva. La norma, che fa riferimento a «minori rifugiati», è però da intendersi estesa anche a coloro che sono in attesa dell'esito della domanda di protezione internazionale e dell'attribuzione di uno *status* spe-

⁸³ In tal senso, v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 148; L. CARPANETO, *Article 11*, cit., p. 137.

⁸⁴ Enfasi aggiunte.

⁸⁵ N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 149.

⁸⁶ N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 148 ss.; L. CARPANETO, *Article 11*, cit., p. 130; nonché *Guida pratica Bruxelles II ter*, cit., p. 208 ss. Vedi anche *infra*, par. 5.

cifico⁸⁷, compresi i minori non accompagnati⁸⁸. Potrebbero, invece, rimanere esclusi i minori ai quali venga riconosciuta la protezione sussidiaria, non godendo, cioè, di uno *status* «pieno» di rifugiato⁸⁹, oppure ancora i minori migranti per diverse cause, come i motivi politici, socio-economici o ambientali⁹⁰. Ciononostante, laddove si adottasse una interpretazione restrittiva della categoria di rifugiati o sfollati, si potrebbe fare ricorso agli altri titoli, per l'adozione sia di misure provvisorie sia di provvedimenti nel merito, anche in base al par. 1 dell'art. 11 oppure *ex art.* 7, una volta acquisita la residenza in uno Stato dell'Unione.

La giurisdizione di cui all'art. 11 sarebbe comunque circoscritta nel tempo⁹¹, tenuto conto che il collegamento con lo Stato UE è dato dalla mera presenza fisica, in quanto Stato di ingresso oppure quale paese ospitante. Il minore, successivamente, potrebbe stabilire la propria residenza abituale in quello o in un diverso Stato UE, che acquisirebbe così la competenza ai sensi del criterio principale.

Qualora, invece, nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente secondo i titoli sanciti dal regolamento, in virtù dell'art. 14 del medesimo atto, l'autorità UE adita dovrà determinare la competenza in base alle sue norme interne di diritto internazionale privato, comprese le convenzioni internazionali rilevanti. Infatti, con l'espressione «legge di tale Stato membro» devono intendersi inclusi anche «gli strumenti internazionali in vigore nello Stato membro in questione», che prevarranno pertanto sulle disposizioni nazionali⁹². Tale clausola sulla competenza residua potrebbe ri-

⁸⁷ L. CARPANETO, *Article 11*, cit., p. 135 ss.

⁸⁸ Sulle categorie di minori migranti, facendo riferimento al corrispondente art. 6 della convenzione dell'Aja del 1996, v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 149; L. CARPANETO, *Article 11*, cit., p. 134 ss.; nonché *infra*, par. 5.

⁸⁹ M. C. BARUFFI, *Uno sguardo critico*, cit., p. 7.

⁹⁰ A tal riguardo, v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 150 ss.; L. CARPANETO, *Article 11*, cit., p. 136; T. GARBER, *Article 11*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 191 ss.; M. WILDERSPIN, *op. cit.*, p. 213 ss.

⁹¹ N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 151 ss.; L. CARPANETO, *Article 11*, cit., p. 132.

⁹² Cfr. considerando n. 29 del regolamento (UE) 2019/1111, cit. Per alcuni commenti, v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 171 ss.; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Article 14*, in C. GONZÁLEZ BEILFUSS, L. CARPANETO, T. KRUGER, I. PRETELLI, M. ŽUPAN (eds.), *op. cit.*, p. 158 ss.; T. GARBER, *Article 14*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 213 ss.; M. WILDERSPIN, *op. cit.*, p. 234 ss.; nonché *Guida pratica Bruxelles II ter*, cit., p. 71 ss. In merito, v. Corte giust. 24 marzo 2021, C-603/20 PPU, MCP, punto 63, e 17 ottobre 2018, C-393/18 PPU, UD, punto 57, dove viene chiarito che, laddove una controversia non rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 8, par. 1, del regolamento n. 2201/2003 sul criterio della residenza

velarsi utile nei casi in cui la residenza del minore migrante si collocasse in uno Stato extra-UE, sempreché sussista un collegamento con lo Stato membro dell'Unione coinvolto, in quanto il minore risulti esserne cittadino seppur non residente⁹³. Ne consegue che la disposizione in parola può trovare una limitata applicazione nelle situazioni riguardanti minori stranieri che da poco hanno varcato i confini dell'Unione, per le quali rimane più probabile il ricorso agli altri titoli sopra esaminati.

Infine, l'autorità competente nel merito ha la possibilità, in via eccezionale, di trasferire la causa all'autorità di un altro Stato membro, ai sensi dell'art. 12 del regolamento Bruxelles II *ter*⁹⁴. Ciò può avvenire quando il minore presenti un legame particolare⁹⁵ con tale secondo Stato e le sue autorità risultino quindi maggiormente indicate a valutare l'interesse superiore del minore nel caso specifico. Si tratta di un meccanismo che ben potrebbe essere esperito nelle situazioni che coinvolgono minori stranieri. Si pensi all'ipotesi in cui l'autorità che si ritiene competente *ex art. 11, par. 2*, constati la sussistenza di un collegamento con un diverso Stato UE, in quanto, dopo essere stata adita, il minore migrante si era trasferito in un secondo Stato per un periodo di tempo apprezzabile tale da poter essere considerato la sua

abituale, non necessariamente impedisce al giudice adito di conoscere il merito in virtù di un altro titolo; infatti, in conformità dell'art. 14, ciascuno Stato membro «rimane libero di fondare la competenza dei propri giudici in virtù di norme di diritto interno discostandosi dal criterio della vicinanza», sul quale si basano le disposizioni del regolamento.

⁹³ N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 172.

⁹⁴ Cfr. anche considerando n. 26 del regolamento (UE) 2019/1111, cit. Su tale norma, v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 157 ss.; B. MUSSEVA, *Recent case law of the European Court of Justice on transfer of jurisdiction in matters of parental responsibility*, in *ERA Forum*, n. 25, 2024, p. 357 ss.; M. ŽUPAN, *Article 12*, in C. GONZÁLEZ BEILFUSS, L. CARPANETO, T. KRUGER, I. PRETELLI, M. ŽUPAN (eds.), *op. cit.*, p. 138 ss.; T. GARBER, *Article 12*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 192 ss.; M. WILDERSPIN, *op. cit.*, p. 217 ss.; nonché *Guida pratica Bruxelles II ter*, cit., p. 73 ss.

⁹⁵ Ai sensi del par. 4 dell'art. 12, il legame particolare può essere verificato in base a una serie di elementi, alternativi, ivi previsti in modo esaustivo (cfr. Corte giust. 27 ottobre 2016, C-428/15, *Child and Family Agency*, punti 50-51; 4 ottobre 2018, C-478/17, *IQ*, punto 35; ord. 10 luglio 2019, C-530/18, *EP*, punti 28-29; su cui v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 158), vale a dire quando lo Stato membro ricevente: a) è divenuto la residenza abituale del minore dopo che l'autorità giurisdizionale di cui al paragrafo 1 è stato adito; b) è la precedente residenza abituale del minore; c) è lo Stato di cui il minore è cittadino; d) è la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale; o e) è il luogo in cui sono situati i beni del minore e la causa riguarda i provvedimenti di protezione del minore legati all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione di tali beni.

nuova residenza abituale (art. 12, lett. *a*)⁹⁶ oppure, soprattutto in presenza di minori non accompagnati, se in tale secondo Stato risiedevano i genitori o altro titolare della responsabilità genitoriale (art. 12, lett. *d*) ed era stata avviata la procedura di trasferimento a titolo di ricongiungimento familiare⁹⁷.

Specularmente, l'autorità dello Stato non competente nel merito, ma con cui il minore presenta un legame particolare secondo i criteri indicati nel par. 4 dell'art. 12, potrebbe richiedere, in base al successivo art. 13, in circostanze eccezionali e quando non si tratti di sottrazione illecita, un trasferimento di competenza all'autorità giurisdizionale dello Stato membro di residenza abituale del minore. In tal modo, l'autorità adita, pur non competente nel merito, potrebbe «ottenere la competenza» e adottare misure non solo di natura provvisoria, urgente o cautelare, trattandosi dell'autorità che meglio può intervenire nel caso specifico (*forum conveniens*)⁹⁸. Ciò potrebbe verificarsi nelle ipotesi in cui il minore migrante, dopo aver fatto ingresso in uno Stato UE e ivi aver presentato la domanda di asilo, si sposti, a distanza di poco tempo, in un secondo Stato. Nel primo Stato veniva adita l'autorità per la nomina di un rappresentante legale col compito di occuparsi del suo benessere, oltre che della procedura di asilo. Nel secondo Stato, intanto, il minore presentava una nuova domanda di asilo, ma l'autorità competente avviava la procedura di ripresa in carico verso il primo paese di ingresso. La prima autorità adita, tuttavia, non poteva fondare la propria competenza in base ai criteri del regolamento, perché non riteneva che la residenza del minore nel proprio foro fosse stabile, non essendo lo stesso ivi fisicamente presente. In una simile fattispecie, l'autorità del primo Stato potrebbe richiedere di ottenere la competenza all'autorità del secondo Stato, riuscendo così a coordinare il procedimento di nomina con l'esame della domanda di asilo.

Elemento comune ai meccanismi di trasferimento della competenza, come pure per gli altri titoli di giurisdizione del “sistema Bruxelles”, è la loro applicazione in conformità all'interesse superiore del minore, valutato alla luce delle circostanze specifiche del caso, in modo tale da apportare «un

⁹⁶ Solo nei casi di trasferimento legittimo del minore (cfr. considerando n. 21, ultima frase).

⁹⁷ Su cui vedi *infra*, par. 7.

⁹⁸ Si vedano anche considerando nn. 27 e 28 sulla durata del trasferimento. In merito, v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 169 ss.; M. ŽUPAN, *Article 13*, in C. GONZÁLEZ BEILFUSS, L. CARPANETO, T. KRUGER, I. PRETELLI, M. ŽUPAN (eds.), *op. cit.*, p. 154 ss.; T. GARBER, *Article 13*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 211 ss.; M. WILDERSPIN, *op. cit.*, p. 233 ss.; nonché *Guida pratica Bruxelles II ter*, cit., p. 73 ss.

valore aggiunto reale e concreto»⁹⁹, per giungere in tempi rapidi, ma con particolare attenzione, all'adozione delle misure di protezione necessarie, specialmente quando la situazione di vulnerabilità risulta amplificata in contesti delicati e difficili quale quello dei migranti.

5. Segue: *la convenzione dell'Aja del 1996*

Il sistema giurisdizionale delineato nel regolamento Bruxelles II *ter* non deve essere applicato, da parte dell'autorità dello Stato membro dell'Unione adita, quando lo Stato di provenienza, in cui era collocata la residenza abituale del minore migrante, sia uno Stato terzo rispetto all'Unione, ma contraente la convenzione dell'Aja del 1996. In tale circostanza, in base all'art. 97, par. 1, lett. a), del regolamento Bruxelles II *ter*, le norme convenzionali prevalgono su quelle regolamentari¹⁰⁰. Avendo riguardo agli Stati di maggior provenienza dei minori migranti¹⁰¹ si osserva che alcuni paesi non sono parti contraenti la convenzione, quali Egitto, Gambia, Tunisia, Guinea, Bangladesh, Costa d'Avorio, Pakistan e Eritrea, mentre altri, quali Ucraina, Albania, Marocco e Turchia, ne fanno parte.

Nel caso di Stati terzi non vincolati dalla convenzione, si deve ricorrere, in virtù dell'art. 14 del regolamento Bruxelles II *ter*, alle norme interne di diritto internazionale privato. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, risultano ugualmente applicabili – in via mediata – le norme convenzionali, poiché l'art. 42 della legge n. 218 del 1995¹⁰², pur rinviando espressamente alla convenzione dell'Aja del 1961, deve essere letto, secondo una interpre-

⁹⁹ Cfr. *Guida pratica Bruxelles II ter*, cit., p. 76. La verifica dell'opportunità di trasferire la competenza può basarsi anche sulle norme di procedura dell'altro Stato membro, come quelle applicabili alla raccolta delle prove necessarie al trattamento del caso: *Child and Family Agency*, sopra citata, punto 57; *EP*, sopra citata, punto 41.

¹⁰⁰ La norma prevede che «se le parti hanno convenuto la competenza di un'autorità giurisdizionale di uno Stato parte della convenzione dell'Aja del 1996 in cui non si applica il presente regolamento, si applica l'articolo 10 di tale convenzione». Diversamente, in base al par. 1, se il minore in questione ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato membro, si applica il regolamento. La convenzione è stata ratificata da tutti gli Stati UE (in Italia con la Legge 18 giugno 2015, n. 101, e si applica dal 1° gennaio 2016).

¹⁰¹ Secondo i dati del Ministero del lavoro aggiornati al 31 maggio 2025, reperibili al sito Internet www.analytics.lavoro.gov.it/t/PublicSIM/views/PresenzadeiMinoristranierinonaccompagnatiinItalia/PresenzadeiMinoristranierinonaccompagnatiinItalia.

¹⁰² Legge 31 maggio 1995, n. 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*.

tazione evolutiva, come effettuato alla convenzione del 1996, che sul piano internazionale ha sostituito la precedente¹⁰³. Lo strumento convenzionale disciplina tutti gli aspetti tradizionali del diritto internazionale privato, relativi alla responsabilità genitoriale e alle misure di protezione dei minori, in situazioni caratterizzate da elementi di internazionalità¹⁰⁴, che possono riguardare altresì la tutela dei minori migranti¹⁰⁵, rimanendo escluse, come accade nel “sistema Bruxelles”, le decisioni sul diritto d’asilo e in materia di immigrazione¹⁰⁶.

Quando sono coinvolti minori stranieri, la competenza giurisdizionale può essere fondata sulla loro presenza fisica, ma devono essere distinte due ipotesi. Laddove la precedente residenza abituale del minore si collocasse in uno Stato membro UE, troverà applicazione il regolamento Bruxelles II *ter*; diversamente, qualora la residenza fosse situata in uno Stato terzo, anche non vincolato dalla convenzione dell’Aja del 1996, prevarranno comunque

¹⁰³ M. C. BARUFFI, *La convenzione dell’Aja del 1996 sulla tutela dei minori nell’ordinamento italiano*, in RDIPP, n. 4, 2016, p. 977 ss., spec. p. 979 ss.

¹⁰⁴ Essa si applica in 54 Stati. Si aggiungono dal 1° luglio 2025 El Salvador, dal 1° ottobre 2025 il Belize e dal 1° gennaio 2026 la Moldavia. I membri dell’HCCH che non sono parti contraenti, pur essendo firmatari, sono Argentina, Canada, Macedonia del Nord, Stati Uniti d’America: v. il sito Internet www.hcch.net [ultimo accesso il 25 giugno 2025]. Per alcune indicazioni pratiche, v. HCCH, *Manuale pratico relativo al funzionamento della Convenzione dell’Aja del 19 ottobre 1996*, 2018; AUTORITÀ GARANTE PER L’INFANZIA E L’ADOLESCENZA, F. ALBANO (a cura di), *Prontuario per l’operatore giuridico*, 2020, che contiene la versione in italiano della *Relazione esplicativa di Paul Lagarde del 1998*; con specifico riferimento ai minori non accompagnati e separati, v. HCCH, *The Application of the 1996 Child Protection Convention to Unaccompanied and Separated Children*, 2024. Tra i contributi in dottrina, v. M. C. BARUFFI, *La convenzione dell’Aja del 1996*, cit.; L. CARPANETO, *La Convenzione dell’Aja del 1996 sulla protezione dei bambini*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE, V. TAGLIAFERRI (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e notarili*, vol. VI, Milano, 2015, p. 963 ss.

¹⁰⁵ L’art. 3 della convenzione dell’Aja del 1996 indica le misure che vertono, in particolare, su a) attribuzione e delega della responsabilità genitoriale, b) il diritto di affidamento, che comprende il diritto di occuparsi della persona del minore, e in particolare il diritto di decidere sul suo luogo di residenza, nonché il diritto di visita; c) la tutela, la curatela e gli istituti analoghi; d) la designazione e le funzioni di ogni persona o organismo incaricato di occuparsi della persona o dei beni del minore, di rappresentarlo o di assisterlo; e) il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite kafalah o istituto analogo; f) la supervisione da parte delle autorità pubbliche delle cure fornite al minore da ogni persona incaricata di occuparsi del minore; g) l’amministrazione, la conservazione o la disposizione dei beni del minore.

¹⁰⁶ *Ivi*, art. 4, lett. j).

le norme convenzionali¹⁰⁷. La disposizione della convenzione riguardante i minori migranti, cui si è ispirata la corrispondente norma del regolamento Bruxelles II *ter*, è l'art. 6¹⁰⁸, in base al quale la semplice presenza di un minore migrante in uno Stato contraente consente ai giudici di tale Stato di esercitare la giurisdizione al fine di adottare misure di protezione, in via eccezionale e in deroga alla regola principale costituita dal criterio della residenza abituale di cui all'art. 5.

Avendo riguardo all'ambito soggettivo dell'art. 6, il termine «rifugiati» coprirebbe solo i minori che hanno ottenuto la protezione internazionale, cui viene aggiunta la categoria dei minori che si trasferiscono a causa di gravi disordini nel paese di origine¹⁰⁹. L'espressione «minori trasferiti a livello internazionale», tuttavia, deve intendersi in modo ampio, tale da superare i limiti eventualmente posti dai singoli Stati alla definizione di «rifugiato» e comprendere anche migranti per diversi motivi¹¹⁰. I minori che rientrano in questa categoria possono essere accompagnati o non, privati o meno delle cure genitoriali, temporaneamente o permanentemente¹¹¹. Non vi è alcuna limitazione in relazione alla provenienza geografica dei soggetti, potendosi fare riferimento a qualsiasi paese, a prescindere dal fatto se lo Stato in questione sia contraente o meno la convenzione stessa, permettendo così

¹⁰⁷ *Ivi*, considerando nn. 25 e art. 52, par. 2. Sulla determinazione della giurisdizione, tra regolamento Bruxelles II *ter* e convenzione dell'Aja del 1996, nei casi riguardanti i minori ucraini, v. I. CHERNIAK, Y. CHERNYAK, *The impact of the temporary protection status on determining jurisdiction for the protection of Ukrainian children under the 1996 Hague convention during the Russian-Ukrainian war*, in *The Lawyer Quarterly*, n. 4, 2024, p. 509 ss. Si vedano anche le schede informative sul sito Internet del Portale europeo della giustizia, nella categoria “Diritto di famiglia – successioni”, sezione “Minori ucraini – cooperazione giudiziaria civile”.

¹⁰⁸ In merito, v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 149 ss.; L. CARPANETO, *Article 11*, cit., p. 130 ss.; M. WILDERSPIN, *op. cit.*, p. 213 ss.; M. C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996*, cit., p. 991 ss.; C. HONORATI, *La tutela dei minori migranti e il diritto internazionale privato*, cit., p. 707 ss.; K. GATZSCHE, *Child protection in flight situations: the Hague Child Protection Convention and unaccompanied minors*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, n. 1, 2019, p. 340 ss.; nonché HCCH, *Unaccompanied and separated children* 2024, cit., p. 14 ss.

¹⁰⁹ HCCH, *Manuale pratico*, cit., p. 39 ss. e p. 156 ss.

¹¹⁰ *Ivi*, p. 40 ss.; C. HONORATI, *La tutela dei minori migranti e il diritto internazionale privato*, cit., p. 709; *Study Children on the Move*, cit., p. 15 ss.

¹¹¹ HCCH, *Manuale pratico*, cit., p. 39 ss. Non sono invece compresi i minori trasferiti a livello internazionale, in fuga o abbandonati, per i quali occorre applicare altre soluzioni previste dalla convenzione, come gli artt. 11 e 12 sulle misure provvisorie: cfr. *Relazione esplicativa*, cit., par. 44.

di garantire una giurisdizione ai fini dell'adozione di decisioni a tutela del minore¹¹². Inoltre, lo stesso art. 6 si applica anche ai minori la cui residenza abituale sia impossibile da stabilire, diventando pertanto una clausola residuale di notevole importanza e formando, così, la soluzione da adottare laddove manchino sufficienti elementi o prove per collegare i minori a un paese specifico¹¹³.

Anche le disposizioni di cui agli artt. 11 e 12 possono fondare la giurisdizione necessaria per adottare provvedimenti di carattere urgente oppure provvisori, ma non indifferibili, con un'efficacia territoriale ristretta, quando nello Stato interessato si trovino il minore o dei beni allo stesso appartenenti. Questi titoli potrebbero trovare applicazione nelle situazioni che riguardano minori trafficati, sfruttati o rifugiati che scappano in uno Stato diverso da quello ospitante, che non rientrano, cioè, nella categoria dei rifugiati o sfollati per i quali è prevista una giurisdizione piena ai sensi dell'art. 6¹¹⁴.

Infine, completano il "sistema dell'Aja" le norme sul trasferimento di competenza in casi eccezionali. Ai sensi dell'art. 8 è l'autorità competente nel merito che può richiedere di trasferire il caso all'autorità di un altro Stato contraente che sia in grado di valutare meglio l'interesse superiore del minore, poiché con esso sussiste un collegamento¹¹⁵. La richiesta può essere presentata anche dall'autorità che ha dichiarato la propria competenza *ex* art. 6, oltre che in virtù del criterio generale di cui all'art. 5. Viceversa, l'art. 9 permette all'autorità dello Stato con cui il minore ha dei legami di chiedere di ottenere la competenza da parte dell'autorità competente nel merito. In questa seconda ipotesi, pur non essendovi un riferimento all'art. 6, deve

¹¹² Cfr. art. 97, par. 1, del regolamento (UE) 2019/1111, cit.; nonché *infra* par. 6; su cui v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 150; sulla precedente versione dell'art. 61 del regolamento (CE) n. 2201/2003, v. M. C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996*, cit., p. 982 ss.

¹¹³ Ad esempio, «1) quando un minore si sposta frequentemente tra due o più Stati, 2) quando un minore non è accompagnato o è abbandonato ed è difficile trovare elementi di prova per stabilire la sua residenza abituale o 3) quando la precedente residenza abituale del minore non esiste più e non esistono prove sufficienti a sostegno dell'acquisizione di una nuova residenza abituale» (HCCH, *Manuale pratico*, cit., p. 40).

¹¹⁴ HCCH, *Unaccompanied and separated children 2024*, cit., p. 18; *Relazione esplicativa*, cit., par. 69.

¹¹⁵ Vale a dire, ai sensi dell'art. 8, par. 2, quando si tratti di a) uno Stato di cui il minore sia cittadino, b) uno Stato in cui si trovino i beni del minore, c) uno Stato una cui autorità sia stata chiamata a conoscere di un'istanza di divorzio o di separazione legale dei genitori del minore, o di annullamento del matrimonio, d) uno Stato coi quale il minore presenti uno stretto legame.

comunque ritenersi possibile il trasferimento da parte dell'autorità competente in base al criterio della presenza del minore nei confronti di quella che presenta un legame particolare¹¹⁶.

La previsione di un *forum conveniens* (art. 8) e un *forum non conveniens* (art. 9)¹¹⁷, soddisfatte le relative condizioni, consente di superare le criticità connesse alla determinazione della residenza abituale e di trasferire l'esercizio della giurisdizione (piena) all'autorità più idonea. In tal modo, è possibile assicurare una tutela effettiva del superiore interesse del minore in casi particolari, vale a dire quando «vi è una determinata esigenza di protezione»¹¹⁸.

6. *Legge applicabile alle misure di protezione del minore straniero*

Con riferimento alla legge da applicare per disciplinare la misura di protezione, il “sistema Bruxelles” deve essere integrato dalla convenzione dell'Aja del 1996, come indicato in modo innovativo rispetto al passato, nel considerando n. 92¹¹⁹. Pertanto, l'autorità giurisdizionale di uno Stato mem-

¹¹⁶ Si veda HCCH, *Unaccompanied and separated children 2024*, cit., p. 15, nonché la *Relazione esplicativa*, cit., par. 58: «[l']art. 9 non prevede che, nelle situazioni di cui all'art. 6, la richiesta debba essere diretta alle autorità dello Stato nel cui territorio il minore è presente. Questa asimmetria con l'art. 8 pare essere frutto di una svista. (...) l'art. 9 debba essere allineato all'art. 8. Se le autorità dello Stato di cittadinanza del minore possono richiedere a quelle dello Stato di residenza abituale di essere autorizzate ad esercitare la competenza in materia di protezione, tanto più [le stesse autorità] devono essere in grado di fare la stessa richiesta alle autorità dello Stato in cui, a seguito di gravi disordini nello Stato di residenza abituale del minore, quest'ultimo è stato temporaneamente trasferito».

¹¹⁷ M. C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996*, cit., p. 998 ss.

¹¹⁸ In tal senso, *Relazione esplicativa*, cit., par. 56.

¹¹⁹ Cfr. anche art. 98 del regolamento (UE) 2019/1111, cit., che prevede l'applicazione della convenzione del 1996 nelle materie non disciplinate dal presente regolamento tra gli Stati membri che ne sono parti contraenti. Sul coordinamento tra i due strumenti, v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 40; L. CARPANETO, *Article 97*, in C. GONZÁLEZ BEILFUSS, L. CARPANETO, T. KRUGER, I. PRETELLI, M. ŽUPAN (eds.), *op. cit.*, p. 675 ss.; A. L. CALVO CARVAÇA, M. A. CEBRIÁN SALVAT, *Article 97*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 635 ss.; M. WILDERSPIN, *op. cit.*, p. 478 ss.; O. BOBRZYŃSKA, *Brussels II ter Regulation and the 1996 Hague Convention on Child Protection – the interplay of the European and Hague regimes in the matters of parental responsibility*, in *Polski Proces Cywilny*, n. 4, 2021, p. 593 ss.; P. LORTIE, *The Hague 1996 Child Protection and 1980 Child Abduction Conventions compared with the Brussels II ter Regulation*, in *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n. 4, 2021, p. 670 ss., spec. p. 682 ss.

bro UE, competente in base al regolamento Bruxelles II *ter*, dovrà ricorrere alle norme della convenzione del 1996 sulla legge applicabile, poiché «il riferimento di cui all'art. 15, par. 1, di tale convenzione alle “disposizioni del capitolo II” della medesima convenzione si intende fatto alle “disposizioni del presente regolamento”», sempreché lo Stato di provenienza o di origine del minore straniero sia vincolato dalla convenzione dell'Aja. Ne deriva che, nella maggior parte dei casi che coinvolgono minori migranti, l'autorità di uno Stato UE, competente in base al titolo fondato sulla loro presenza, potrà poi ricorrere, in virtù dell'art. 15 della convenzione, alla propria legge interna per disciplinare le misure più appropriate, concretizzando così il principio della coincidenza tra *forum* e *ius*¹²⁰.

Laddove la protezione della persona o dei beni del minore lo richieda, l'autorità competente può eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato, che potrebbe essere anche non vincolato dalla convenzione¹²¹, col quale la situazione presenti uno «stretto legame»¹²². Questa regola, che deve essere interpretata restrittivamente, è finalizzata a tutelare l'interesse superiore del minore pur deviando dal criterio principale

¹²⁰ M. C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996*, cit., p. 1003 ss. Nell'ipotesi in cui il minore venga trasferito in un altro Stato, saranno competenti le autorità dello Stato di nuova residenza, secondo il disposto del par. 3 dell'art. 15, con conseguente cambiamento della legge regolatrice delle condizioni di applicazione delle misure adottate nello Stato di precedente abituale residenza, che saranno, cioè, soggette alla legge del nuovo Stato. Tuttavia, la disposizione del par. 3 appare di poco rilievo in presenza di minori migranti per i quali la giurisdizione dell'autorità adita difficilmente si fonda sul criterio principale.

¹²¹ Ciò conferisce carattere universale alle regole di conflitto: si veda art. 20 della convenzione dell'Aja del 1996 e *Relazione esplicativa*, cit., par. 115; e M. C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996*, cit., p. 1006.

¹²² Cfr. art. 15, par. 2 della convenzione dell'Aja del 1996. Pur mancando una definizione di «stretto legame», si può fare ricorso alle indicazioni di cui all'art. 8, par. 2 (M. C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996*, cit., p. 1004; vedi anche *supra*, par. 5). Il minore potrebbe anche non trovarsi fisicamente sul territorio di tale diverso Stato: cfr. *Relazione esplicativa*, cit., par. 89. Nei casi in cui si debba applicare una legge diversa da quella del foro, l'art. 21 della convenzione esclude il rinvio alle norme interne di diritto internazionale privato dello Stato la cui legge è stata individuata come applicabile, così da evitare il rischio di conflitti di legge. L'eccezione dell'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 22, può essere invocata solo qualora l'applicazione della legge straniera designata ne sia manifestamente contraria, pur sempre tenendo conto dell'interesse superiore del minore. Ai sensi del par. 2, vi è una sola eccezione a questa regola: non è escluso il rinvio quando la legge richiamata dall'art. 16 sia quella di uno Stato non contraente la convenzione, che, a sua volta, designi come applicabile la legge di un altro Stato non contraente che accetta il rinvio. In merito, v. M. C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996*, cit., p. 1006; e *Relazione esplicativa*, cit., par. 116.

della prossimità. Il ricorso a tale norma potrebbe essere effettuato quando sia previsto il rientro del minore nel paese terzo di sua cittadinanza entro un breve termine, risultando perciò opportuno prendere in considerazione la sua legge nazionale per disciplinare la misura di protezione più adatta, così da assicurarne l'esecuzione in quel paese¹²³. Ciò potrebbe verificarsi in relazione al provvedimento di nomina del tutore qualora venisse designato un familiare residente nel medesimo paese di origine del minore interessato¹²⁴.

L'attribuzione o l'estinzione della responsabilità genitoriale di pieno diritto oppure tramite accordo o atto unilaterale, qualora non sia previsto l'intervento di un'autorità giudiziaria o amministrativa, rimangono soggette alla legge dello Stato di residenza abituale del minore¹²⁵. Spetta all'autorità competente, in base a criteri diversi da quello principale, procedere a una verifica dell'eventuale sussistenza di forme di responsabilità attribuite o estinte nelle modalità poc'anzi citate¹²⁶, in modo da assicurare il riconoscimento dei loro effetti nel proprio Stato¹²⁷.

In base alla provenienza dei minori migranti, può accadere che la vicenda coinvolga l'ordinamento di uno Stato terzo non vincolato dalla convenzione dell'Aja del 1996, la quale non sarà perciò applicabile e dovrà essere fatto ricorso alle norme interne di diritto internazionale privato del foro competente¹²⁸.

Anche con riferimento ai criteri per individuare la legge applicabile, la valutazione deve basarsi sulla situazione specifica relativa al minore migrante, per poter così determinare la misura più adeguata alla tutela del suo superiore interesse. Secondo il "sistema dell'Aja" è possibile, infatti, raggiungere tale obiettivo tramite la regola generale, che indica come rilevanti le norme interne del foro, oppure, in presenza di elementi di collegamento con un ordinamento straniero, applicando la legge di tale Stato, opzione che, affievolendo la portata del criterio principale basato sulla residenza abituale, concretizza un effetto della preminenza dei *best interests of the child*.

¹²³ *Ivi*, par. 89.

¹²⁴ HCCH, *Unaccompanied and separated children* 2024, cit., p. 21.

¹²⁵ Art. 16 della convenzione dell'Aja del 1996; in merito, v. *Relazione esplicativa*, cit., par. 98; M. C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996*, cit., p. 1004 ss.

¹²⁶ HCCH, *Unaccompanied and separated children* 2024, cit., p. 21. Ulteriori disposizioni completano il capitolo sulla legge applicabile e riguardano l'esercizio della responsabilità genitoriale (art. 17); la cessazione o la modifica della responsabilità genitoriale (art. 18); la tutela dei terzi (art. 19).

¹²⁷ Sul riconoscimento, vedi *infra*, par. 8.

¹²⁸ Per quanto riguarda il nostro ordinamento, in virtù dell'art. 42 della legge n. 218/1995, trova applicazione la convenzione dell'Aja del 1996 (vedi *supra*, par. 5).

7. *Trasferimento transfrontaliero del minore straniero e cooperazione tra autorità*

Il minore straniero che giunge in Europa, dopo il suo arrivo, potrebbe successivamente circolare nel territorio di altri Stati membri. Nel contesto migratorio, tali movimenti secondari potrebbero avvenire in modo irregolare, quando cioè il minore non sia accompagnato e si trasferisca in un altro Stato in attesa dell'esame della domanda di asilo. Qualora, nel secondo Stato, venisse presentata una nuova domanda, tale Stato diverrebbe competente, solo se il respingimento verso lo Stato di primo ingresso risultasse contrario al superiore interesse del minore¹²⁹. L'art. 29 del regolamento Dublino III precisa, infatti, che lo Stato dove il minore ha fatto ingresso rimane responsabile, anche in caso di successivi spostamenti, e ha un termine di sei mesi per riprenderlo in carico, altrimenti la competenza viene trasferita al secondo Stato di arrivo¹³⁰. Si tratta di meccanismi di trasferimento previsti dal "sistema Dublino"¹³¹, dettati dalla necessità di assicurare il corretto funzionamento delle procedure di esame della domanda di protezione internazionale, nonché di stabilire in modo certo lo Stato a tal fine responsabile.

In particolare, le procedure di presa e ripresa in carico trovano una disciplina negli artt. 20 e ss. del regolamento Dublino III, in base alla quale le autorità coinvolte devono rispettare precisi termini per garantire celerità nella trattazione delle domande¹³². La presa in carico si verifica quando il richiedente abbia presentato per la prima volta una domanda di protezione internazionale in uno Stato membro, ma risulterebbe responsabile un altro Stato membro, potendo pertanto il primo Stato richiedere al secondo di prendersi in carico il migrante; istanza che, in mancanza di una risposta entro i termini, deve intendersi come accettata¹³³. Ciò può verificarsi quando il minore, giunto in Europa non accompagnato, presenti una domanda di ingresso a titolo di ricongiungimento¹³⁴ con un familiare che però è stabilito in

¹²⁹ In merito, v. *supra*, par. 3.

¹³⁰ Norma ripresa nel futuro art. 46 del regolamento (UE) 2024/1351, cit.

¹³¹ Sulle procedure di trasferimento, v. S. MARINAI, *Obblighi informativi e fiducia reciproca tra stati membri nei trasferimenti Dublino: tra aperture e punti fermi fissati dalla corte di giustizia all'alba dell'accordo sul Nuovo Patto*, in DIC, n. 1, 2024, p. 1 ss.; S. AMADEO, F. SPITALERI, *op. cit.*, p. 93 ss.

¹³² A tal riguardo, si veda S. MARINAI, *La rapidità nei meccanismi introdotti dal Patto: una necessità in funzione dell'"emergenza" migratoria?*, in questa Rivista, n. 1, 2025, p. 1 ss., spec. p. 9 ss.

¹³³ Artt. 21-22 del regolamento (UE) n. 604/2013, cit.

¹³⁴ In relazione alle modalità per presentare una domanda di ricongiungimento familiare,

un altro Stato UE¹³⁵. A tal fine, spetta allo Stato di primo ingresso procedere

cf. Corte giust. 18 aprile 2023, C-1/23 PPU, *Afrin*, dove viene precisato che una normativa nazionale non può richiedere, senza eccezioni, che la presentazione della domanda sia fatta di persona presso una sede diplomatica competente, ma può prevedere la comparizione personale a uno stadio ulteriore della procedura. Per un commento, v. F. MAOLI, *La Corte di giustizia rimuove gli ostacoli pratici alla presentazione di una domanda di ricongiungimento familiare: brevi riflessioni a margine della sentenza Afrin*, in questa *Rivista*, n. 2, 2023, p. 197 ss.

¹³⁵ Il ricongiungimento familiare che coinvolge un minore straniero può avvenire in base alla direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, con riferimento ai cittadini di paesi terzi, che si trovano in UE e chiedono il ricongiungimento con i figli, minori stranieri, oppure quando lo stesso minore straniero arriva in UE e chiede il ricongiungimento con un familiare cittadino di Stato terzo già presente in uno Stato membro. Quando, invece, sono coinvolti cittadini UE che chiedono il ricongiungimento con minori stranieri si applica la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 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. In tema, v. L. S. ROSSI, *The interaction between the directive 2003/86 and the Charter of fundamental rights of the European Union in the family reunification of a third country national*, in *FSJ*, n. 1, 2024, p. 25 ss.; C. FRATEA, *La tutela del diritto all'unità familiare*, cit.; A. DAMATO, *In tema di diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari*, in C. VENTRELLA MANCINI (a cura di), *Il diritto matrimoniale canonico, civile, concordatario: una lettura interdisciplinare*, vol. I, Napoli, 2021, p. 385 ss.; A. LANG, *Assessing the place of minors within EU free movement of persons*, in F. IPPOLITO, G. BIAGIONI (eds.), *op. cit.*, p. 229 ss.; R. PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, Bari, 2012. Sulla qualifica del minore come discendente diretto, v. Corte giust. 26 marzo 2019, C-129/18, *SM* (Minore sottoposto a kafala algerina), con cui ha chiarito che la nozione «non ricomprende un minore posto sotto la tutela legale permanente di un cittadino dell'Unione a titolo della kafala algerina»; per alcuni commenti in merito, v. M. ORLANDI, *La kafala di diritto islamico, tra diritto internazionale privato e diritto europeo*, Torino, 2021, spec. p. 277 ss. e p. 287 ss.; A. DI BLASE, *Sull'interpretazione delle convenzioni e delle norme dell'unione europea in materia di diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, n. 1, 2020, p. 5 ss., spec. p. 22 ss.; A. LANG, *La kafala come presupposto per il ricongiungimento familiare nell'Unione europea*, in *EJ*, n. 4, 2020, p. 139 ss.; L. PANELLA, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la famiglia nella pluralità dei modelli culturali*, in A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, p. 215 ss., spec. p. 222 ss.; G. PIZZOLANTE, *Il riconoscimento nell'ordinamento di destinazione degli status familiari costituiti all'estero per motivi di ricongiungimento*, in *FSJ*, n. 2, 2020, p. 116 ss., spec. p. 134 ss.; L. PANELLA, *Il riconoscimento della kafalah islamica nella giurisprudenza delle corti sovranazionali europee e nella giurisprudenza italiana*, in AA.VV., *Liber amicorum Angelo Davì*, vol. I, Napoli, 2019, p. 573 ss.; G. PASCALE, *Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e "kafala" islamica nella sentenza M.S. della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *SIE*, n. 3, 2019, p. 795 ss.; C. PERARO, *L'istituto della kafala quale presupposto per il ricongiungimento familiare con il cittadino europeo: la sentenza della Corte di giustizia nel caso S.M. c. Entry Clearance Officer*, in *RDIPP*, n. 2, 2019, p. 319 ss.; A. DAMATO, *In tema di diritto di circolazione*, cit., p. 391 ss.

rapidamente all'identificazione di eventuali altri familiari presenti nell'Unione¹³⁶. La ripresa in carico può, invece, essere effettuata quando il richiedente abbia presentato una prima domanda in uno Stato e si sia poi trasferito in un altro Stato dove ha presentato una nuova domanda. Il secondo Stato può dunque chiedere al primo di riprendersi in carico il richiedente¹³⁷. Si tratta di meccanismi che consentono di trattare le domande di asilo dei minori migranti assicurando, laddove possibile, l'unità familiare. Lo Stato interpellato, comunque, può discrezionalmente rifiutare di prendere in carico il richiedente¹³⁸, al quale deve essere garantito il diritto di ricorso avverso la decisione di trasferimento¹³⁹ o di rifiuto di presa in carico, anche quando si tratti di minori¹⁴⁰.

Lo spostamento dei minori, secondo queste procedure, deve essere attuato tenendo in considerazione il loro superiore interesse, che esige di valutare attentamente le circostanze specifiche e di trattare la domanda in tempi rapidi. Come precisato dall'art. 20, par. 3 del regolamento Dublino III, la situazione di un minore, qualificabile come familiare di un richiedente, rientra nella competenza dello Stato membro responsabile per l'esame della domanda di asilo di tale richiedente, anche quando il minore stesso non abbia personalmente presentato un'istanza, purché ciò sia conforme al suo superiore interesse. Analogamente, non può essere respinta la domanda di protezione internazionale avanzata da un minore presso uno Stato membro sulla base della circostanza che i suoi genitori avessero già ottenuto tale pro-

¹³⁶ Sul punto, v. O. LOPES PEGNA, *Minori migranti*, cit., p. 302 ss.

¹³⁷ Artt. 23-25 del regolamento (UE) 604/2013, cit.

¹³⁸ *Ivi*, art. 17. L'esercizio di tale facoltà non è sottoposto ad alcuna condizione particolare e lo Stato membro può decidere di accettare di esaminare una domanda in piena autonomia «in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico»: così Corte giust. 30 novembre 2023, C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328/21, *Ministero dell'Interno* (Brochure commune – Refoulement indirect), punto 146; nello stesso senso, Corte giust. 23 gennaio 2019, C-661/17, *M.A. e a.*, punto 58. In merito, si veda anche Cass. civ. 15 gennaio 2025, n. 935, secondo la quale «il giudice adito non può procedere a valutare la sussistenza, nello Stato membro richiesto, di un rischio di violazione del principio di *non refoulement* al quale il richiedente sarebbe esposto sulla base di divergenze di opinioni in relazione all'interpretazione dei presupposti sostanziali della protezione internazionale, a meno che non constati l'esistenza di carenze sistematiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale».

¹³⁹ Art. 27 del regolamento (UE) 604/2013, cit.

¹⁴⁰ L'estensione ai minori di tale diritto, non contemplato nel regolamento Dublino III, è possibile alla luce di una lettura conforme alla Carta dei diritti fondamentali: si veda Corte giust. 1° agosto 2022, C-19/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* (Rifiuto di prendere in carico un minore egiziano non accompagnato), punto 45.

tezione in un altro Stato UE, imponendo cioè al primo Stato di farsene carico¹⁴¹. Sarà, invece, valido il trasferimento della competenza nel caso cui vi sia un consenso per iscritto delle parti interessate a favore del secondo Stato¹⁴².

L'impianto del "sistema Dublino" viene essenzialmente ripreso nelle nuove norme del "regolamento gestione"¹⁴³, che, in particolare, prevede una abbreviazione dei termini imposti alle autorità competenti al fine di procedere con rapidità¹⁴⁴ e richiede di occuparsi con «priorità» delle richieste presentate dai minori non accompagnati¹⁴⁵. Rimane fermo l'obbligo di fornire garanzie procedurali¹⁴⁶ nell'ambito dei trasferimenti, la cui concreta esecuzione spetta allo Stato membro richiedente conformemente al proprio diritto nazionale, previa concertazione tra gli Stati membri interessati¹⁴⁷.

Tenuto conto che il fenomeno degli spostamenti secondari dopo l'arrivo nel territorio di uno Stato UE pregiudica l'attuazione delle regole di Dublino, nel "regolamento gestione" è stata inserita una norma sulle conseguenze dell'inosservanza degli obblighi da parte del richiedente, derogabili solo in considerazione della sua situazione individuale e in presenza di rischi effettivi di violazione dei diritti fondamentali nello Stato membro in cui il richiedente stesso è tenuto ad essere presente¹⁴⁸. Al fine di «limitare le fughe e i movimenti non autorizzati tra gli Stati membri»¹⁴⁹, viene prevista una estensione del termine che porta alla cessazione o al trasferimento della competenza qualora l'interessato lasci il territorio degli Stati membri durante l'esame della domanda o fugga per sottrarsi al trasferimento verso lo Stato membro competente¹⁵⁰.

Quanto osservato è valido altresì per i richiedenti minori. Nei loro con-

¹⁴¹ Corte giust. 1° agosto 2022, C-720/20, *Bundesrepublik Deutschland*, spec. punto 53, relativa a una minorenne russa che ha visto respinta la sua domanda di protezione internazionale in Germania con la motivazione che i suoi genitori avessero già ottenuto protezione in Polonia.

¹⁴² *Ivi*, punto 43.

¹⁴³ Cfr. artt. 39-40 sulla presa in carico e art. 41 sulla ripresa in carico del regolamento (UE) 2024/1351, cit.

¹⁴⁴ P. DE PASQUALE, *op. cit.*, p. 12 ss.

¹⁴⁵ Artt. 39 e 46 del regolamento (UE) 2024/1351, cit.

¹⁴⁶ Art. 26 ss. del regolamento (UE) n. 604/2013 e art. 42 ss. del regolamento (UE) 2024/1351, cit.

¹⁴⁷ Art. 29 del regolamento (UE) 604/2013 e art. 46 del regolamento (UE) 2024/1351, cit.

¹⁴⁸ Art. 18 del regolamento (UE) 2024/1351, cit.

¹⁴⁹ Considerando n. 58 del regolamento (UE) 2024/1351, cit.

¹⁵⁰ *Ivi*, art. 33 e considerando n. 59.

fronti gli Stati che effettuano il trasferimento devono adottare le dovute cautele e, di conseguenza, informare lo Stato ricevente di eventuali «misure immediate» prese per soddisfare esigenze particolari¹⁵¹, nonché, come risulta dalla formulazione inserita nel nuovo regolamento, di ogni disposizione necessaria per tutelare l'interesse superiore del minore.

Dai movimenti disciplinati nel “sistema Dublino” e da quelli irregolari o non autorizzati devono essere tenuti distinti i trasferimenti dei minori decisi come misura di protezione, specialmente a seguito dell'esame della domanda di asilo¹⁵². Possono essere ricondotti in questa categoria i collocamenti in uno Stato diverso presso una famiglia affidataria o un istituto, oppure tramite forme analoghe. Essendo misure con implicazioni transnazionali si rende necessario verificare l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato e di quelle relative alla cooperazione tra le autorità nazionali competenti.

Nei casi che coinvolgono Stati membri dell'UE, la disciplina è contenuta nell'art. 82 del regolamento (UE) 2019/1111¹⁵³, che consente il trasferimento del minore, in base a un provvedimento adottato dall'autorità competente a conoscere del merito (quindi anche ai sensi dell'art. 11 basato sulla presenza fisica del minore), in uno Stato UE diverso, ove potrà acquisire una nuova residenza abituale¹⁵⁴.

Preliminare all'adozione del provvedimento di collocamento, da parte dello Stato membro richiedente, è l'ottenimento del consenso dell'autorità

¹⁵¹ Art. 31 del regolamento (UE) 604/2013 cit., e art. 48 del regolamento (UE) 2024/1351, cit.

¹⁵² Anche a complemento della procedura ai sensi di Dublino: C. HONORATI, *La tutela dei minori migranti*, cit., p. 712.

¹⁵³ In realtà l'art. 82 non indica espressamente il tipo di collocamento, diversamente dal precedente art. 56 del regolamento (CE) n. 2201/2003 cit., dove si faceva riferimento al collocamento del minore «in istituto o in una famiglia affidataria» (cfr. L. CARPANETO, *Article 82*, in C. GONZÁLEZ BEILFUSS, L. CARPANETO, T. KRUGER, I. PRETELLI, M. ŽUPAN (eds.), *op. cit.*, p. 579 ss.; O. L. KNÖFEL, *Article 82*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 586; L. CARPANETO, *Cross-border placement of children in the European Union*, in *Study for the Committee on Legal Affairs, European Parliament*, 2016). La definizione di «collocamento» trova alcuni chiarimenti nel considerando n. 11 del regolamento Bruxelles II ter. Sulla natura pubblica del collocamento, v. Corte giust. 27 novembre 2007, C-435/06, C, punto 53; in senso conforme, Corte giust. 26 aprile 2012, C-92/12 PPU, *Health Service Executive*, punto 60. Per alcuni commenti, v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 388 ss.; *Study Cross-border placement of children*, cit., pp. 6-7. Per alcuni commenti sull'art. 82, v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 386 ss.; L. CARPANETO, *Article 82*, cit., p. 573 ss.; O. L. KNÖFEL, *op. cit.*, p. 583 ss.

¹⁵⁴ *Ivi*, p. 586.

centrale o altra autorità competente dello Stato membro in cui il minore sarà trasferito¹⁵⁵, dopo aver svolto consultazioni e scambiato informazioni, nonché trasmesso una relazione sul minore, nel rispetto di precisi termini¹⁵⁶. Il consenso non è, invece, necessario quando il trasferimento avvenga verso uno Stato membro dove si trovino un genitore oppure altri prossimi congiunti, quali i nonni o gli zii, che tale Stato ospitante ha espressamente indicato¹⁵⁷.

L'autorità centrale di uno Stato membro, che presenta uno stretto collegamento con il minore, può informare l'autorità dello Stato competente a decidere sul collocamento dell'esistenza di tale legame e dare avvio alle operazioni di trasferimento. Ciò potrebbe verificarsi quando in tale diverso paese si trovino familiari non identificati precedentemente nel corso dell'esame della domanda di asilo. La richiesta avanzata dallo Stato in cui sono presenti i familiari non pregiudica, in ogni caso, il diritto e le procedure nazionali dello Stato membro che intende collocare il minore, il quale rimane competente per l'adozione della misura di protezione¹⁵⁸. Se la decisione di collocamento deve essere riconosciuta in altri Stati membri, non è necessario il ricorso ad alcun procedimento particolare e, qualora essa sia esecutiva nello Stato membro di origine, lo è automaticamente anche nello Stato membro di destinazione e, comunque, in tutti gli altri Stati membri¹⁵⁹.

Il collocamento transfrontaliero potrebbe costituire una soluzione da adottare quando, ad esempio, il minore migrante abbia lasciato il proprio paese di origine per motivi diversi dai disordini, contemplati dall'art. 11 del regolamento Bruxelles II *ter*, e l'autorità competente ritenga il trasferimento adeguato poiché, nello Stato ospitante, sono presenti altri connazionali oppure, quando il minore non è accompagnato, ivi si trova uno specifico

¹⁵⁵ Le modalità per ottenere il consenso sono disciplinate dal diritto nazionale dello Stato membro richiesto (cfr. art. 82, par. 7 del regolamento (UE) 2019/1111, cit.).

¹⁵⁶ Con l'art. 82 sono state introdotte norme uniformi sulla procedura da seguire, diversamente dal precedente art. 56: cfr. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 392 ss.; L. CARPANETO, *Article 82*, cit., p. 583.

¹⁵⁷ Cfr. art. 82, par. 2. Le categorie di prossimi congiunti designate dagli Stati membri a norma dell'art. 103 sono consultabili sul portale europeo della giustizia elettronica.

¹⁵⁸ Come specificato nel considerando n. 84 del regolamento (UE) 2019/1111, cit.

¹⁵⁹ Nonostante manchi un riferimento nel testo dell'art. 82, per cui trova applicazione la regola generale di cui all'art. 30 del regolamento (UE) 2019/1111, cit. Rimane possibile rifiutare il riconoscimento ai sensi dell'art. 39, che include alla lett. f) il mancato rispetto della procedura prevista dall'art. 82. Sul punto, v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 396 ss.

istituto di accoglienza che possa prendersene cura¹⁶⁰. Laddove il minore si trovi già nello Stato membro di destinazione, le autorità giurisdizionali di tale Stato hanno la facoltà di adottare provvedimenti provvisori o cautelari ai sensi dell'art. 15¹⁶¹.

Come per le procedure che riguardano il contesto migratorio, anche in questi casi è necessario agire celermente ed è per tale motivo che l'autorità ricevente deve adottare la decisione che concede o nega l'approvazione per il collocamento entro tre mesi, salvo impossibilità dovuta a circostanze eccezionali¹⁶². Sebbene manchi nell'art. 82 un riferimento all'interesse superiore del minore, questo compare nel corrispondente considerando n. 84, che richiede che esso «dovrebbe continuare a essere considerato preminente».

Nelle ipotesi in cui si ritenga adeguato il collocamento presso uno Stato terzo contraente la convenzione dell'Aja del 1996, dovrà essere seguito il meccanismo di cui all'art. 33 di tale convenzione¹⁶³. La norma, alla quale si è ispirato il “sistema Bruxelles”, seppur con minime differenze nell'ambito di applicazione materiale, prevede la possibilità di «collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite *kafala* o istituto analogo». Parimenti a quanto previsto nei casi intra-UE, l'autorità richiedente deve consultare preliminarmente l'autorità centrale o altra autorità competente dello Stato di destinazione, la quale deve dare la sua approvazione «tenuto conto del superiore interesse del minore»¹⁶⁴. Il mancato rispetto della procedura può costituire motivo di non riconoscimento della misura di trasferimento transfrontaliero¹⁶⁵.

Svolge un ruolo fondamentale nelle procedure di “Bruxelles” e dell’“Aja”, poc'anzi esaminate, come pure nel contesto di “Dublino”, la cooperazione tra autorità amministrative, in capo alle quali sono imposti obblighi procedurali tra loro simili, con limitazioni temporali, al fine di adempiere alle loro funzioni. Sotto questo profilo, i due settori in esame, quello migratorio e quello in materia di protezione dei minori, pur presentando natura e finalità diverse, potrebbero convergere in modo tale da creare una collaborazione «rafforzata» tra le autorità incaricate volta

¹⁶⁰ *Ivi*, p. 387.

¹⁶¹ Considerando n. 84. Si veda anche *Guida pratica Bruxelles II ter*, cit., p. 193 ss.

¹⁶² Considerando n. 85.

¹⁶³ M.C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996*, cit., p. 1011 e p. 1014 ss.; *Relazione esplicativa*, cit., par. 143.

¹⁶⁴ Art. 33, par. 2, della convenzione dell'Aja del 1996.

¹⁶⁵ *Ivi*, art. 23, par. 2, lett. f).

a perseguire l'obiettivo comune della tutela dei minori stranieri e del loro interesse superiore¹⁶⁶.

Il coordinamento delle normative risulta oltremodo necessario per garantire il corretto svolgimento dei movimenti secondari. Infatti, quando lo spostamento del minore da uno Stato membro ad un altro avviene ai fini dell'esame della domanda di protezione internazionale, secondo il meccanismo di "Dublino", l'eventuale mancanza del consenso di un genitore potrebbe configurare l'ipotesi di una sottrazione internazionale di minori ai sensi del regolamento Bruxelles¹⁶⁷. In merito è intervenuta la Corte di giustizia nella causa *A c. B*¹⁶⁸, chiarendo che non costituisce trasferimento illecito o mancato ritorno illecito lo spostamento del figlio da parte di un genitore, senza il consenso dell'altro, dallo Stato di sua residenza abituale (Svezia) in un altro Paese UE (Finlandia) in esecuzione di una decisione di trasferimento adottata dal primo Stato sulla base del regolamento (UE) n. 604/2013, con permanenza in tale secondo Stato membro (Finlandia), anche successivamente all'annullamento di suddetta decisione di trasferimento delle autorità svedesi.

Seppure possa risultare palese la diversità dei regimi in esame, il "sistema Dublino" e il "sistema Bruxelles", non è comunque da escludere la possibilità di un utilizzo del meccanismo di Dublino come strumento per aggirare le norme del regolamento Bruxelles in materia di sottrazione internazionale di minori¹⁶⁹. Valutate le circostanze specifiche del caso, il trasferimento in

¹⁶⁶ In tal senso, v. C. HONORATI, *La tutela dei minori migranti*, cit., p. 711 ss.

¹⁶⁷ Con riguardo ai casi di sottrazione internazionale nel contesto del fenomeno migratorio, v. M. C. BARUFFI, *International child abduction, migration and asylum: what happens when child abduction, migration and asylum collide?*, in J. M. CARRUTHERS, B. W. M. LINDSAY (eds.), *Research Handbook on International Family Law*, Cheltenham UK, 2024, p. 153 ss.

¹⁶⁸ Corte giust. 2 agosto 2021, C-262/21 PPU, *A*. Si trattava di uno spostamento effettuato dalla madre col proprio figlio dalla Svezia, dove era nato e dove la madre risiedeva, in Finlandia, dove aveva già vissuto in precedenza col marito e le era stato riconosciuto un titolo di soggiorno, in esecuzione della decisione delle autorità svedesi di rigetto della loro domanda di protezione internazionale, poiché il permesso di soggiorno per motivi familiari rilasciato in Finlandia aveva una durata più lunga rispetto a quello ottenuto in Svezia. La decisione era stata impugnata dal padre, che contestava di non essere stato sentito nel corso del procedimento. Nel frattempo, era stata presentata domanda di divorzio e affidamento del minore, con richiesta di ritorno immediato dello stesso, davanti alle autorità svedesi. Le pronunce erano state impuginate dal padre, giunto fino dinanzi alla Corte suprema svedese, che si era rivolta alla Corte di giustizia al fine di stabilire se si trattasse o meno di una sottrazione illecita.

¹⁶⁹ In tal senso, v. conclusioni dell'Avv. gen. Pikamäe, del 14 luglio 2021, C-262/21 PPU, *A*, par. 48.

base a “Dublino” non può essere considerato un comportamento illecito, non ricorrendo le condizioni a tal fine previste nel regolamento Bruxelles. Una diversa interpretazione pregiudicherebbe il principio della certezza del diritto e la realizzazione degli obiettivi del regolamento Dublino III¹⁷⁰.

8. *Riconoscimento di provvedimenti stranieri: il caso dei minori ucraini*

In virtù del regolamento Bruxelles II *ter* o della convenzione dell’Aja del 1996, i provvedimenti che dispongono misure di protezione del minore straniero sono automaticamente riconosciuti, rispettivamente, negli Stati membri dell’UE o nei paesi vincolati dalla convenzione.

Tra i primi, il riconoscimento automatico delle decisioni in materia di protezione dei minori¹⁷¹ è sancito dall’art. 30 del regolamento¹⁷², ma anche la loro esecuzione nello Stato ricevente deve avvenire senza necessità di *exequatur*¹⁷³. Questo regime concretizza il principio fondamentale della reciproca fiducia che governa la cooperazione nello spazio giudiziario europeo. Il procedimento per l’esecuzione delle decisioni munite di certificato *ex art.* 36 rimane, invece, regolato dalle disposizioni nazionali dello Stato richiesto¹⁷⁴.

La circolazione delle decisioni può essere ostacolata in presenza di specifici e tassativi motivi di diniego del riconoscimento e dell’esecuzione indicati nell’art. 39, tra i quali figurano, oltre a ragioni di natura processuale, la manifesta contrarietà all’ordine pubblico dello Stato membro in cui il riconoscimento è invocato, che deve tenere conto dell’interesse superiore del

¹⁷⁰ *Ivi*, par. 52.

¹⁷¹ Per completezza, si fa presente che vi sono disposizioni specifiche dedicate alle «decisioni privilegiate» in materia di diritti di visita e di ritorno del minore (art. 42 ss.), che però non rilevano nei contesti riguardanti minori migranti. Sul regime di riconoscimento ed esecuzione, v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 299 ss.; I. PRETELLI, *Article 30*, in C. GONZÁLEZ BEILFUSS, L. CARPANETO, T. KRUGER, I. PRETELLI, M. ŽUPAN (eds.), *op. cit.*, p. 321 ss.; L. DE LIMA PINHEIRO, *Article 30*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 354 ss.; M. WILDERSPIN, *op. cit.*, p. 331 ss.; P. LORTIE, *op. cit.*, p. 684 ss.; M.A. LUPOI, *op. cit.*, p. 599 ss.; nonché *Guida pratica Bruxelles II ter*, cit., p. 87 ss.

¹⁷² Così come già avveniva in vigore del regolamento (CE) 2201/2003, cit.

¹⁷³ Le decisioni rese ed esecutive in un determinato Stato membro sono esecutive negli altri Stati membri senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività: art. 34 del regolamento (UE) 2019/1111, cit., diversamente, sotto questo aspetto, da quanto previsto nel precedente regolamento (CE) 2201/2003, cit.

¹⁷⁴ Art. 51 e considerando n. 60 del regolamento (UE) 2019/1111, cit.

minore¹⁷⁵, l'inosservanza della procedura di collocamento transfrontaliero di cui all'art. 82¹⁷⁶ e il mancato ascolto del minore per le decisioni relative alla responsabilità genitoriale¹⁷⁷. È possibile, tuttavia, evitare l'audizione del minore quando il procedimento riguardi i suoi beni o quando sussistano serie ragioni, tenuto conto dell'urgenza del caso¹⁷⁸. L'invocabilità dei motivi di diniego al fine di impedire il riconoscimento di una decisione relativa a un minore straniero, con particolare riguardo alle misure di protezione che potrebbero essere adottate nei confronti dei migranti, soprattutto non accompagnati, che, di fatto, si trovano in una situazione di vulnerabilità e incertezza, potrebbe, tuttavia, rivelarsi di difficile applicazione. È verosimile ipotizzare che i minori non sempre vengano ascoltati proprio per poter procedere con urgenza, anche per rispettare le tempistiche richieste nell'ambito delle procedure del "sistema Dublino".

L'esecuzione – e quindi l'attuazione concreta – della misura potrebbe, in via eccezionale, essere sospesa, anche temporaneamente, su istanza della parte interessata (il minore o un suo rappresentante), ai sensi dell'art. 56, par. 4, qualora appaia possibile che il minore sia esposto «a un grave rischio di pericoli fisici o psichici a causa di impedimenti temporanei emersi successivamente alla pronuncia della decisione, o in virtù di altri mutamenti significativi delle circostanze»¹⁷⁹. È tuttavia imposto all'autorità competente di

¹⁷⁵ N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 319.

¹⁷⁶ Su cui vedi *supra*, par. 7.

¹⁷⁷ Ai sensi dell'art. 39, par. 2 il diniego del riconoscimento di una decisione può avvenire quando questa sia resa «senza aver dato al minore capace di discernimento una possibilità di esprimere la propria opinione a norma dell'art. 21». Sull'ascolto del minore, cfr. anche considerando nn. 39, 53 e 71, e v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 271 ss. e p. 322 ss.; M.C. BARUFFI, *Uno sguardo critico*, cit., pp. 8-9; L. CARPANETO, *Article 21*, in C. GONZÁLEZ BEILFUSS, L. CARPANETO, T. KRUGER, I. PRETELLI, M. ŽUPAN (eds.), *op. cit.*, p. 222 ss.; T. GARBER, *Article 21*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 309 ss.; M. A. LUPOI, *op. cit.*, p. 586 ss.; nonché *Guida pratica Bruxelles II ter*, cit., p. 170 ss.

¹⁷⁸ Art. 39, par. 2 e considerando n. 57 del regolamento (UE) 2019/1111, cit. In aggiunta, è vietato procedere al riesame della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato membro che ha adottato il provvedimento (art. 69), per cui una eventuale violazione nell'applicazione dei titoli di giurisdizione di cui agli artt. 3-14, ivi compresa la norma sulla litispendenza ex art. 20 (cfr. Corte giust. 16 gennaio 2019, C-386/17, *Liberato*), non può essere invocata come motivo di contrarietà all'ordine pubblico (N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 324 s.).

¹⁷⁹ Cfr. considerando n. 69 del regolamento (UE) 2019/1111, cit. A tal riguardo, v. N. LOWE, C. HONORATI, M. HELLNER, *op. cit.*, p. 339 ss.; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Article 56*, in C. GONZÁLEZ BEILFUSS, L. CARPANETO, T. KRUGER, I. PRETELLI, M. ŽUPAN (eds.), *op. cit.*, p. 467

adottare in via preventiva modalità adeguate per facilitare l'esecuzione della misura conformemente al diritto e alle procedure nazionali¹⁸⁰. Non solo, ma la predisposizione di tali modalità deve essere effettuata sempre alla luce dell'interesse superiore minore, in modo da assicurare una tutela «concreta» e «attuale»¹⁸¹. Le esigenze specifiche e la situazione individuale del minore possono, così, influenzare e comportare un affievolimento delle regole previste anche in ambiti più prettamente procedurali.

Simili considerazioni valgono parimenti per le situazioni riguardanti minori provenienti da Stati vincolati dalla convenzione dell'Aja del 1996, prevedendo l'art. 23 il riconoscimento «di pieno diritto» delle misure adottate in uno Stato contraente¹⁸². Non dissimilmente da quanto visto per i casi intra-UE, tra i motivi di non riconoscimento, di cui al par. 2, sono compresi la manifesta contrarietà all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse superiore del minore (lett. *d*)¹⁸³, il mancato ascolto del minore (lett. *b*), che, però, può essere evitato in situazioni d'urgenza¹⁸⁴, e l'inosservanza della procedura di collocamento di cui all'art. 33 (lett. *f*)¹⁸⁵. Anche nei casi disciplinati dalla convenzione, ai fini dell'esecuzione dei provvedimenti stranieri, viene richiesto che la procedura per ottenere l'*exequatur* di misure, che siano esecutive nello Stato di origine, governata dalla legge nazionale, sia «semplice e rapida»¹⁸⁶.

Nel valutare la necessità di adottare misure di protezione, l'autorità competente dovrebbe procedere a una preliminare verifica dell'esistenza di provvedimenti che riguardano il minore straniero interessato emessi nello

ss.; G. CUNIBERTI, *Article 56*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 473 ss.; nonché *Guida pratica Bruxelles II ter*, cit., p. 148 ss.

¹⁸⁰ Art. 54, par. 5 del regolamento (UE) 2019/1111, cit.

¹⁸¹ O. LOPES PEGNA, *Continuità interpretativa*, cit., p. 844 ss.

¹⁸² Sul regime di circolazione dei provvedimenti previsto dalla convenzione, v. P. LORTIE, *op. cit.*, p. 683 ss.; M. C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996*, cit., p. 1007 ss.; nonché HCCH, *Unaccompanied and separated children 2024*, cit., p. 22 ss.; *Relazione esplicativa*, cit., par. 119.

¹⁸³ «Non è quindi sufficiente che il riconoscimento comporti effetti manifestamente contrari ai principi fondamentali dello Stato richiesto, dovendo il giudice valutare anche l'interesse del minore, giudicato preminente su qualsiasi altro interesse coinvolto. Ne consegue un affievolimento dell'ordine pubblico proprio in considerazione della necessaria prevalenza dell'interesse superiore del minore»: M. C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996*, cit., p. 1010 ss.

¹⁸⁴ In merito, si veda Cass. civ. ord. 10 maggio 2025, n. 12410, punto 7.

¹⁸⁵ Sul punto, v. anche *supra*, par. 7.

¹⁸⁶ Art. 26 della convenzione dell'Aja del 1996: a tal riguardo, si veda M. C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996*, cit., p. 1012 ss.

Stato di sua provenienza o cittadinanza. Di regola, infatti, spetta allo Stato dove si trova il minore, competente in virtù del titolo di giurisdizione di cui all'art. 6 della convenzione dell'Aja, riconoscere siffatte misure e garantire la loro piena efficacia.

Può poi accadere che il minore provenga da uno Stato non contraente la convenzione in parola. In tale circostanza, occorrerà procedere al riconoscimento secondo il meccanismo previsto dalle norme interne di diritto internazionale privato. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, in base all'art. 65 della legge n. 218/1995, tali decisioni possono avere effetto se pronunciate dalle autorità dello Stato il cui diritto sostanziale è designato dalle disposizioni della medesima legge, vale a dire, come già visto, quelle determinate in base alla convenzione dell'Aja del 1996 in quanto richiamata nell'art. 42, oppure se producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche quando sono pronunciati da autorità di altro Stato, a condizione che siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa e non siano contrarie all'ordine pubblico.

Le questioni esaminate in merito al riconoscimento di misure di protezione straniera sono state affrontate in alcune vicende riguardanti i minori ucraini¹⁸⁷, affluiti in modo massiccio nei paesi UE a causa del conflitto, grazie all'attribuzione dello *status* della protezione temporanea¹⁸⁸. Al fine di verificare il regime applicabile al riconoscimento delle misure ucraine a tutela dei minori, occorre fare riferimento alla convenzione dell'Aja del 1996, che vincola entrambi i Paesi coinvolti. In base all'art. 23 della convenzione, un provvedimento emesso nello Stato di origine deve essere riconosciuto di pieno diritto dalle autorità italiane, seppur con le eventuali difficoltà derivanti dalla necessità di adattare l'istituto straniero al nostro sistema, col rischio a volte di pregiudicare la tutela del minore quando la misura straniera non trovi una previa corrispondenza nell'ordinamento interno. È fatto salvo, in ogni caso, laddove la diversità degli istituti possa far emergere sospetti di pratiche

¹⁸⁷ In generale, per alcune indicazioni sull'applicazione degli strumenti di diritto internazionale privato nelle situazioni riguardanti i minori ucraini, si vedano le schede informative sul sito Internet del Portale europeo della giustizia, nella categoria "Diritto di famiglia – successioni", sezione "Minori ucraini – cooperazione giudiziaria civile". Per una analisi delle norme di conflitto applicabili ai minori ucraini, v. L. CARPANETO, *La protezione dei bambini provenienti dall'Ucraina attraverso gli strumenti di diritto internazionale privato*, in *SIDIBlog*, settembre 2022.

¹⁸⁸ Sul contesto italiano in tema di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati e la protezione degli ucraini, v. C. PERAGO, *La tutela dei minori stranieri non accompagnati e l'applicazione della Direttiva n. 2001/55/CE. Il caso Ucraina*, in *Quaderni del Dipartimento Jonico*, n. 6, 2023, p. 78 ss.

illecite, quali la tratta di minori, il potere di condurre i controlli necessari da parte delle autorità competenti¹⁸⁹.

Sul riconoscimento in Italia della nomina di una tutrice di un gruppo di minori ucraini si è espressa la Corte di Cassazione in varie occasioni¹⁹⁰. Nei casi oggetto delle pronunce del giugno 2023, la nomina era avvenuta con provvedimento del Console generale dell'Ucraina a Napoli, ma il Tribunale per i minorenni di Catania si era rifiutato di riconoscerlo, in quanto aveva ritenuto che non si trattasse di minori accompagnati e aveva, quindi, confermato la designazione del tutore effettuata dal Presidente del Tribunale. A seguito di impugnazione, la Suprema Corte, dopo aver valutato la legittimità dell'atto consolare, riconosceva gli effetti del provvedimento ucraino in virtù dell'art. 23 della convenzione dell'Aja del 1996, ritenuta applicabile per il rinvio ad essa contenuto nell'art. 42 della legge n. 218/1995. In realtà, tale ultima considerazione effettuata dalla Corte, per – probabilmente – avvalorare l'operatività della convenzione, non sarebbe stata necessaria, trovando essa applicazione diretta tra gli Stati contraenti.

In sede di riconoscimento ed esecuzione di provvedimenti stranieri, l'autorità dello Stato ricevente deve valutare, in applicazione della normativa rilevante, la possibilità di dare efficacia alla misura straniera, tenendo conto delle circostanze specifiche e senza dimenticare la necessità di tutelare l'interesse superiore del minore.

¹⁸⁹ A tal riguardo, si veda il modulo online realizzato dal Consiglio dei notariati dell'Unione europea in collaborazione con il notariato ucraino, al fine di facilitare il viaggio dei minori che lasciano l'Ucraina, reperibile sul sito Internet della Rete notarile europea, sezione "Strumenti per la pratica notarile transfrontaliera – Modulo bambini ucraini".

¹⁹⁰ Si vedano Cass. civ. 20 giugno 2023, n. 17603 (per un commento v. E. DI NAPOLI, *Something New on the Eastern Front. The Application of the 1996 Hague Child Protection Convention in Italy to Children Fleeing the Russian-Ukrainian War*, in *The Italian Law Journal*, n. 2, 2023, p. 711 ss.; T. EL HAJ, *La protezione internazionale dei minori ucraini e il riconoscimento dei tutori di nomina consolare, alla luce della pronuncia della Corte di Cassazione, Sez. I civile, sentenza n. 17603/2023*, in *OIDU*, n. 4, 2023, p. 1005 ss.) e n. 17605, n. 17612, n. 17626, n. 17633; nonché, in procedimenti simili, ma avverso le decisioni del Tribunale per i minorenni di Cagliari, v. Cass. civ. 16 ottobre 2023, n. 28637 e n. 28678. Da ultimo, si veda Cass. civ. ord. 10 maggio 2025, n. 12410, cit., che rinvia alla Prima Presidente per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite allo scopo di dirimere la questione della competenza del giudice tutelare o del giudice minorile per la nomina del curatore speciale di minori ucraini in caso di conflitto di interessi tra il loro tutore internazionale e gli stessi, nonché per chiarire se possa non essere riconosciuto un provvedimento del Console ucraino di nomina di un curatore speciale ai fini del rimpatrio dei minori ucraini e, infine, se sia rilevante lo *status* di rifugiato politico acquisito dagli stessi al fine di determinare la competenza e le relative decisioni in merito a tale rimpatrio.

9. *Considerazioni conclusive*

La situazione dei minori stranieri che arrivano in Europa implica una analisi da condurre in diversi contesti: dall'arrivo, alla richiesta di protezione internazionale, alla circolazione, al trasferimento in altri Stati e, infine, all'adozione di misure di protezione. Sono ambiti che richiedono l'applicazione, per i primi, della normativa adottata in materia di asilo e immigrazione, connessa alla gestione degli ingressi irregolari, quindi di natura pubblicistica, nonché, per le decisioni riguardanti la tutela del minore in quanto tale, delle regole per risolvere le questioni internazionalprivatistiche.

Quando si tratta di minori migranti emergono, nelle discipline esaminate, comuni principi fondamentali, di matrice internazionale ed europea, vale a dire la tutela dell'interesse superiore del minore e, ove possibile, dell'unità familiare, pur essendo normative con finalità distinte.

Nel "sistema Dublino" l'interesse superiore del minore permette di superare l'accentramento della competenza dello Stato di primo ingresso, dettato dalla necessità di controllare gli arrivi e gli spostamenti, che risulta ancora più accentuato nel regolamento gestione di futura applicazione, dove si fa riferimento allo Stato in cui la domanda di asilo è stata registrata, salva la possibilità per lo Stato dove eventualmente si trovi il minore a seguito di movimenti secondari di trattenere la competenza facendo valere il superiore interesse dello stesso. Ne scaturisce comunque una tutela che si può definire "gestita" o "controllata", con effetti di breve durata in quanto limitata alla gestione del fenomeno migratorio. Rimane essenziale e determinante, come pure nei contesti dei trasferimenti e collocamenti transfrontalieri, il ruolo delle autorità, che offrono una tutela "pubblicistica" basata sulla loro cooperazione.

Con riguardo alle misure di protezione, invece, il sistema di designazione della competenza giurisdizionale e della legge applicabile può considerarsi "flessibile" o "mobile", in quanto "segue" il minore straniero. Da una parte, il titolo rilevante individua come competente nel merito l'autorità del luogo dove il minore si trova, così da assicurargli una tutela "immediata" e "attuale", con effetti a lungo termine volti a disciplinare il futuro dello stesso. Purtuttavia, il "sistema Bruxelles" non è esente da criticità, non essendo comprese, nella relativa disposizione, tutte le categorie di minori stranieri richiedenti una forma di protezione, le quali, diversamente, risultano tutelate nella corrispondente norma della convenzione dell'Aja del 1996, che comunque viene in rilievo più di frequente. Dall'altra parte, la coincidenza tra *forum* e *ius* consente all'autorità di assumere provvedimenti in base al

proprio diritto interno, ovviando alle eventuali difficoltà connesse all'applicazione di una legge straniera, sebbene ciò non sia da escludersi in via assoluta, quando possa, cioè, essere fatto valere uno stretto collegamento con un diverso ordinamento.

Aspetto che non trova ancora adeguata considerazione è il coordinamento tra gli atti e i meccanismi, qui esaminati, rilevanti per la protezione dei minori stranieri migranti, oggi ancor più necessario in vista del futuro operare degli strumenti adottati nell'ambito del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo. Ciò permetterebbe, soprattutto ai fini della loro attuazione pratica da parte degli operatori coinvolti, di perseguire concretamente l'obiettivo di assicurare una tutela effettiva dei diritti e dell'interesse superiore dei minori e di realizzare così un «quadro a misura di minore migrante».

Abstract (ita)

Il contributo esamina la normativa riguardante la tutela dei minori stranieri contenuta sia negli atti in materia di migrazione e asilo, compresi quelli adottati col Nuovo Patto, in particolare il regolamento relativo alla determinazione della competenza ad esaminare la domanda di asilo, sia negli strumenti relativi ai profili internazionalprivatistici connessi all'adozione di misure di protezione dei minori, ossia il regolamento Bruxelles II *ter* e la convenzione dell'Aja del 1996. Ci si domanda se ne emerga un «quadro a misura di minore migrante», essendo comune l'obiettivo di tutelare l'interesse superiore del minore.

Abstract (eng)

The paper examines the legislative framework on the protection of foreign minors contained both in the migration and asylum acts, including those adopted within the New Pact, in particular on the determination of the competence for examining an asylum application, and in the instruments of private international law concerning the adoption of protection measures for children, i.e. the Brussels II *ter* Regulation and the 1996 Hague Convention. It is questioned whether a «migrant child-friendly framework» emerges, since they share the objective of protecting the best interests of the child.

LA CIRCOLAZIONE DELLO *STATUS* DI RIFUGIATO ALL'INTERNO DELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO

Caterina Fratea*

SOMMARIO: 1. Introduzione: la centralità del principio della mutua fiducia nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. – 2. La difficile definizione del contenuto del principio della mutua fiducia. – 3. La mutua fiducia nel settore dell'immigrazione. – 4. *Segue*: i limiti ai trasferimenti in presenza di decisioni negative. – 5. La giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla circolazione dello *status* di rifugiato all'interno del SECA. – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione: la centralità del principio della mutua fiducia nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*

Il tema del riconoscimento dello *status* di rifugiato (ma quanto si dirà vale *mutatis mutandis* anche per la circolazione dello *status* di beneficiario di protezione sussidiaria) sta, in tempi recenti, interessando la Corte di giustizia grazie ad alcuni rinvii pregiudiziali posti a partire dal 2022, due dei quali sono sfociati in importanti sentenze rese dalla Grande Sezione il 18 giugno 2024. Tali pronunce rappresentano ulteriori importanti tasselli da aggiungere ad un quadro che costituisce, insieme naturalmente alla riforma apportata dal Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo¹, uno degli aspetti più attuali delle politiche di asilo dell'UE.

La premessa delle riflessioni che seguiranno è che non vi è nessuna norma di diritto dell'Unione, né a livello di trattati né a livello di diritto derivato, che imponga ad uno Stato «che partecipa pienamente al sistema europeo comune di asilo»² (d'ora in avanti, SECA) di riconoscere lo *status* di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria conferito in un altro

*Professoressa associata di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Verona. Il presente scritto riflette la relazione presentata nell'ambito del seminario annuale del Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo di AISDUE, "Patto immigrazione e asilo: dalle nuove regole alla sfida dell'attuazione", svoltosi presso l'Università di Verona in data 6 dicembre 2024.

¹ Per una disamina dei diversi strumenti che compongono il Nuovo Patto, *ex multis*, si rinvia ai contributi apparsi in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, nonché agli scritti pubblicati in questo *Fascicolo speciale*.

² Così conclusioni dell'Avv. gen. Emiliou, del 27 giugno 2024, C-123/23 e C-202/23, *N.A.K.*, par. 69.

Stato membro. Tanto meno ciò si può derivare dal diritto internazionale, e in particolare dalla Convenzione di Ginevra, sulla quale il SECA è plasmato, che pure nulla impone in merito, tenendo conto che, in linea di principio, il diritto internazionale vieta l'esercizio di una competenza extraterritoriale in materia di riconoscimento (ed esecuzione), salvo che ciò sia espressamente previsto³.

I giudici dell'Unione, tuttavia, pur senza giungere ad ammettere un pieno riconoscimento né dello *status* né del provvedimento che quello *status* prevede, giungono comunque a conferire alla decisione che riconosce la protezione internazionale una valenza, sebbene non piena, anche per gli altri Stati, le cui autorità si trovassero di fronte ad una nuova domanda. Il ragionamento della Corte poggia, infatti, sulla valorizzazione della tutela dei diritti fondamentali e del principio della fiducia reciproca, che informa di sé tutte le politiche riconducibili allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, pertanto anche quelle migratorie. Del resto, la Corte, anche in contesti diversi da quello oggetto del presente lavoro (come, ad esempio, la determinazione del paese membro responsabile per l'esame della domanda di protezione internazionale o i trasferimenti dei richiedenti nell'ambito del regolamento Dublino⁴), ma pur sempre attinenti al funzionamento del SECA, si è sempre pronunciata affermando che «il diritto dell'Unione poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione europea si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Tale premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri nel riconoscimento di tali valori e, dunque,

³ M. KAMMINGA, *Extraterritoriality*, in R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2020, reperibile *online*. V. anche ALTO COMMISSARIATO DELLE NAZIONI UNITE PER I RIFUGIATI (UNHCR), *Note on the Extraterritorial Effect of the Determination of Refugee Status under [the Geneva Convention] and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, EC/SCP/9, 24 August 1978. Vi sono, tuttavia, eccezioni a tale principio: cfr. M. MILANOVIĆ, *From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties*, in *Human Rights Law Review*, vol. 8, n. 3, 2008, p. 411 ss.

⁴ Regolamento (UE) 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione). A partire dal 1° luglio 2026, esso sarà sostituito dal regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060 e che abroga il regolamento (UE) 604/2013.

nel rispetto della normativa dell'Unione che li attua nonché nel fatto che i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali sono in grado di fornire una tutela equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali, riconosciuti dalla Carta»⁵.

Nella fondamentale sentenza *N.S.*, relativa al regolamento Dublino II⁶, la realizzazione dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia e, più in particolare, del SECA, fondato sulla fiducia reciproca e su una presunzione di osservanza, da parte degli altri Stati membri, del diritto dell'Unione, e segnatamente dei diritti fondamentali, viene addirittura associata alla «ragion d'essere» dell'Unione⁷. In termini più generali, ma altrettanto incisivi, nel parere 2/13 sull'adesione dell'UE alla CEDU⁸, che rappresenta la teorizza-

⁵ Così Corte giust. 19 dicembre 2024, C-185/24 e C-189/24, *Tudmur*, punto 30. Si vedano altresì, nell'ampia giurisprudenza, Corte giust. 23 gennaio 2019, C-661/17, *M.A. e a.*, punti 80 e 83; 19 marzo 2019, C-163/17, *Jawo*, punto 80; 10 dicembre 2020, C-616/20, *Minister for Justice and Equality* (Demande de protection internationale en Irlande), punto 48; 29 febbraio 2024, C-392/22, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, punto 43 e giurisprudenza *ivi* citata; Corte giust. 19 dicembre 2024, C-123/23 e C-202/23, *Khan Yunis*, punto 57.

⁶ Regolamento (CE) 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo.

⁷ Corte giust. 21 dicembre 2011, C-411/10 e C-493/10, *N.S.*, punto 83. Per un commento alla sent. (che ha poi condotto all'inserimento, nel regolamento Dublino III, dell'art. 3, par. 2, come eccezione all'obbligo di trasferimento verso lo Stato astrattamente competente qualora in tale Stato sussistano, nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza, carenze sistemiche tali da implicare il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta di Nizza), *ex multis*, G. CELLAMARE, *Asilo politico: considerata relativa e non assoluta la presunzione di rispetto dei diritti fondamentali*, in *Guida al diritto*, n. 6, 2012, p. 95; G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *SIE*, n. 1, 2012, p. 147 ss.; E. BROUWER, *Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof*, in *Utrecht Law Review*, n. 1, 2013, p. 135 ss. Sulle due condizioni cumulative per l'operatività dell'art. 3, par. 2, del regolamento Dublino III, vale a dire l'esistenza di carenze sistemiche e il rischio di trattamenti contrari all'art. 4 della Carta, v. sent. *Tudmur*, sopra citata, punto 35 e seguenti.

⁸ Cfr. Corte giust. parere 18 dicembre 2014, 2/13, punto 158. In dottrina, per tutti, B. DE WITTE, S. IMAMOVIĆ, *Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court*, in *ELR*, n. 5, 2015, p. 683 ss.; V. DI COMITE, *Autonomia o controllo esterno? Il dilemma dell'adesione dell'UE alla CEDU alla luce del parere 2/13*, in *CI*, n. 2, 2015, p. 223 ss.; E. SPAVENTA, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *MJECL*, n. 1, 2015, p. 35 ss.; S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *RDI*, n. 1, 2016, p. 68 ss.

zione più completa del principio fino ad oggi⁹, la Corte ha incluso la fiducia reciproca, accanto a principi classici quali l'autonomia, il primato e l'effetto diretto, tra i «principi fondativi» che caratterizzano il diritto UE come ordinamento giuridico di nuovo genere, avente una sua specifica natura e un proprio quadro costituzionale. In particolare, il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri riveste, nel diritto dell'Unione, «un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Orbene, tale principio impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo»¹⁰.

Tuttavia, sebbene la giurisprudenza della Corte di giustizia si riferisca alla mutua fiducia come un unico principio che racchiude l'idea che, pur non trattando uno Stato membro una certa questione nello stesso modo rispetto a quanto farebbe un altro paese UE, il risultato sarà tale da essere accettato perché riflette gli stessi principi e valori, il contenuto di tale principio non risulta sempre condiviso e uniforme, come si vedrà nel seguente paragrafo.

2. *La difficile definizione del contenuto del principio della mutua fiducia*

L'assenza di una espressa menzione nei trattati del principio della mutua fiducia contribuisce alla difficoltà della sua definizione. A ciò si aggiunge la sua intrinseca trasversalità, che fa sì che siano diverse le implicazioni nelle distinte aree di intervento del diritto UE, nulla suggerendo che il legislatore debba utilizzare le proprie competenze in materia in linea con un concetto predefinito ed omogeneo di fiducia reciproca. Dalla prima teorizzazione del principio da parte della Corte di giustizia nella storica sentenza *Cassis de Dijon*¹¹, infatti, diverse sono state le modalità in cui il principio è stato declinato, a seconda degli obiettivi sottesi alle variegate competenze dell'Unione. In

⁹ Così F. MAIANI, S. MIGLIORINI, *One Principle to Rule Them all? Anatomy of Mutual Trust in the Law of the Area of Freedom, Security and Justice*, in CMLR, vol. 57, n. 1, 2020, p. 7 ss., spec. p. 29.

¹⁰ Parere 2/13, sopra citato, punto 191.

¹¹ Corte giust. 20 febbraio 1979, 120/78. In argomento, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, vol. II, Napoli, 2021, p. 28 ss.; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, 2023, p. 73 ss.

particolare, nell'ambito delle politiche legate allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si notano sfumature distinte tra la cooperazione giudiziaria e le politiche migratorie¹².

Nella cooperazione giudiziaria, l'obiettivo è quello di sviluppare un'area in cui le persone godano di libertà, sicurezza e giustizia transnazionale efficiente, senza tuttavia centralizzare le funzioni statali pertinenti. L'opzione prescelta è stata quindi quella di assegnare effetti extraterritoriali alle decisioni prese dalle autorità nazionali competenti, in modo che possano essere riconosciute, in modo rapido ed efficiente, all'interno dello spazio giuridico europeo. Per tale ragione, il TFUE parla piuttosto di «principio di riconoscimento reciproco» (attuali artt. 67, par. 4; 70; 81, par. 1, e 82, par. 1, TFUE)¹³, rispetto al quale la fiducia reciproca rappresenta un precedente fattuale¹⁴. Peraltro, essendosi consolidato a livello europeo, sebbene al di fuori della cornice dei trattati, già a partire dalla convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, il principio del mutuo riconoscimento risulta

¹² *Amplius*, su questi aspetti, F. MAIANI, S. MIGLIORINI, *op. cit.*, p. 11 ss. Sul principio della mutua fiducia nel diritto UE e, in particolare, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si vedano, *ex plurimis*, K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *DUE*, n. 3, 2015, p. 526 ss.; i contributi apparsi in E. BROUWER, D. GERARD (eds.), *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law*, *EUI Working Papers*, MWP 2016/13; K. LENAERTS, *La vie après l'avis: exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *CMLR*, vol. 54, n. 3, 2017, p. 805 ss.; E. XANTHOPOULOU, *Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law: Three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust*, in *CMLR*, vol. 55, n. 2, 2018, p. 489 ss.; E. GIORGI, *Il principio del mutuo riconoscimento nell'ordinamento dell'Unione europea*, Firenze, 2020; F. X. MILLET, *The Protection of Fundamental Rights within the AFSJ: Through or Against Mutual Trust and Mutual Recognition?*, in S. IGLESIAS SÁNCHEZ, M. GONZÁLEZ PASCUAL (eds.), *Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2021, p. 57 ss.; C. RIZCALLAH, *The principle of mutual trust and the protection of fundamental rights in the Area of Freedom, Security and Justice: A critical look at the Court of Justice's stone-by-stone approach*, in *MJECL*, vol. 30, n. 3, 2023, p. 255 ss.; L. HILLARY, *Mutual Trust as a General Principle of EU Law*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2024.

¹³ Definito da K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition*, cit., p. 526, quale «constitutional principle that underpins AFSJ».

¹⁴ *Amplius*, G. BIAGIONI (a cura di), *L'armonia delle decisioni civili e commerciali nello spazio giudiziario europeo*, Torino, 2015; F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Recueil des cours/Collected Courses*, 2019, p. 138 ss.; O. LOPES PEGNA, *Mutual trust, riconoscimento delle decisioni civili e tutela dei valori comuni nello spazio giudiziario europeo*, in A. ANNONI, S. FORLATI, P. FRANZINA (a cura di), *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, 2021, p. 743 ss.

pienamente assimilato nel momento in cui riceve espressa menzione a livello comunitario grazie al trattato di Amsterdam¹⁵.

A livello, invece, di legislazione secondaria vengono stabiliti diversi istituti il cui funzionamento si basa sulla fiducia reciproca. Nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile, dove la legislazione dell'UE è stata piuttosto prolifica, esistono diversi strumenti basati sulla fiducia, in particolare le norme in materia di litispendenza¹⁶ e diversi meccanismi per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni emesse in un altro Stato membro, che risultano particolarmente incisivi in quanto accompagnati dal divieto di controllo della competenza del giudice dello Stato di origine e dal divieto di riesame del merito delle relative pronunce (oltre alla cooperazione amministrativa tra autorità centrali dei paesi membri¹⁷).

La circolazione delle decisioni giudiziarie può, in concreto, essere ricondotta a diversi modelli. Ad esempio, vi sono regolamenti che, pur prevedendo un riconoscimento automatico, per l'esecuzione sono legati alla procedura di *exequatur*, con la presenza di motivi tassativi di rifiuto tanto per il riconoscimento quanto per l'esecuzione (in tal senso, si vedano gli ormai

¹⁵ Sulla comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria civile, in E. STORSKRUBB, *Civil Justice – A Newcomer and an Unstoppable Wave?*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 299 ss. Sulla nascita di una politica europea dell'immigrazione a partire dal trattato di Amsterdam, *ex plurimis*, L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2003, p. 163 ss.; E. GUILD, *Seeking asylum: storm clouds between international commitments and EU legislative measures*, in *ELR*, vol. 29, n. 2, 2004, p. 198 ss.; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *op. cit.*, p. 269 ss.; ID., *EU Justice and Home Affairs. Volume I: EU Immigration and Asylum Law*, Oxford, 2023, p. 10 ss.

¹⁶ Sulla litispendenza all'interno dello spazio giudiziario europeo, F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008; C. HEINZE, B. STEINRÖTTER, *The Revised Lis Pendens Rules in the Brussels Ibis Regulation*, in V. LAZIĆ, S. STUIJ (eds.), *Brussels Ibis Regulation. Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*, The Hague, 2017, p. 1 ss.; P. MANKOWSKI, *Article 20, Lis pendens and dependent actions*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Volume IV. Brussels IIter Regulation*, Köln, 2023, p. 278 ss.

¹⁷ Sottolinea la necessità di una cooperazione più virtuosa tra le autorità centrali dei diversi paesi membri istituite ai sensi dei regolamenti riconducibili alla cooperazione giudiziaria civile e le unità Dublino, C. HONORATI, *La tutela dei minori migranti e il diritto internazionale privato: quali rapporti tra Dublino III e Bruxelles II-bis*, in *RDIPP*, n. 4, 2019, p. 691 ss., spec. p. 710 ss.

abrogati regolamenti c.d. Bruxelles I¹⁸ e Bruxelles II e II *bis*¹⁹, in relazione alle decisioni in materia di responsabilità genitoriale²⁰, nonché gli attuali regolamenti in materia di successioni²¹ e di regimi patrimoniali²²). In secondo luogo, esistono regolamenti che, oltre al riconoscimento automatico, prevedono altresì la rimozione della dichiarazione di esecutività, ma che mantengono i motivi di rifiuto (ad esempio, l'attuale regolamento Bruxelles I *bis*²³, i regolamenti Bruxelles II, II *bis* e per le decisioni in materia matrimoniale e l'attuale regolamento Bruxelles II *ter*²⁴). Esistono inoltre disposizioni, che in relazione a decisioni "privilegiate", oltre ad aver eliminato l'*exequatur*, hanno altresì rimosso i motivi di rifiuto (regolamenti Bruxelles II *bis* e Bruxelles II *ter*, per le decisioni sul diritto di visita e di ritorno del minore, anche se queste, in virtù dell'ultimo regolamento, potrebbero vedere temporaneamente sospesa la loro esecuzione). Infine, in relazione agli atti pubblici, i regolamenti in materia di successioni e regimi patrimoniali, nonché il regolamento Bruxelles II *ter*, prevedono lo specifico strumento dell'accettazione²⁵. Tali differenziazioni non rappresentano lo specchio di una incoerenza

¹⁸ Regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

¹⁹ Regolamento (CE) 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.

²⁰ Regolamento (CE) 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.

²¹ Regolamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo.

²² Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, 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; regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, 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.

²³ Regolamento (UE) 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione).

²⁴ Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, 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).

²⁵ Sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie, nonché sull'accettazione

legislativa, bensì il risultato di diverse modalità in cui la mutua fiducia viene tradotta nei vari atti adottati, che si spiegano in ragione di *rationes* specifiche e dei diversi interessi, pubblici e privati, in gioco.

Nella cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, dove pure esiste un'ampia gamma di meccanismi di riconoscimento reciproco, vi sono altre specificità. Ad esempio, i motivi di non riconoscimento o di non esecuzione, solitamente suddivisi in facoltativi o obbligatori, sono simili nella maggior parte degli strumenti, come il *ne bis in idem* transnazionale, la tutela dei diritti della difesa in caso di decisioni in contumacia, il rispetto del diritto penale dello Stato membro di esecuzione (per quanto riguarda, ad esempio, la prescrizione, la doppia incriminazione o l'età del reo²⁶). È interessante notare come i motivi di non riconoscimento e di non esecuzione sono spesso integrati da una formulazione secondo cui l'atto adottato non modifica l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali sancito dall'art. 6 TUE²⁷. Tale specificazione non è espressamente presente nella decisione quadro sul mandato di arresto europeo²⁸; tuttavia, la lacuna è stata colmata dalla Corte di grazie alle sentenze interpretative di questo atto giuridico²⁹.

degli atti pubblici, nei regolamenti adottati in materia di cooperazione civile si vedano, nell'ampia dottrina in materia, L. CARPANETO, F. PESCE, I. QUEIROLO, *La "famiglia in movimento" nello spazio europeo di libertà e giustizia*, Torino, 2019, p. 169 ss. e p. 228 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume II. Statuto personale e diritti reali*, Milano, 2019, p. 170 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume I. Parte generale e obbligazioni*, Milano, 2022, p. 342 ss.

²⁶ In relazione a quest'ultima v. Corte giust. 10 aprile 2025, C-481/23, *Sangas*, in cui viene rilevato che, per poter invocare un motivo di rifiuto dell'esecuzione, è necessario che i fatti contestati rientrino nella competenza dello Stato membro di esecuzione, secondo il diritto penale interno.

²⁷ Si vedano gli artt. 3 e 20, par. 3, della decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, e gli artt. 1, par. 4, e 14, par. 2 della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.

²⁸ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

²⁹ Nella vasta dottrina in materia si vedano R. KLOMBERG, *The Saga of Surrender Continues: Developments of the fundamental rights exception in the Court of Justice's E.D.L. case and the Opinion of Advocate-General Capeta in GN*, in *European Law Blog*, 27 November 2023; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs. Volume II: EU Criminal Law, Policing, and Civil Law*, Oxford, 2023, p. 57 ss.; G. BIAGIONI, *Libera circolazione delle persone tra estradizione e mandato d'arresto europeo nello spazio giudiziario europeo «allargato»*, in *Papers di diritto europeo*, n. 1, 2024, p. 135 ss.; B. J. GELLÉR, *Are the Principles of Mutual Trust and Recognition*

3. *La mutua fiducia nel settore dell'immigrazione*

A differenza di quanto accade nell'ambito della cooperazione giudiziaria, i trattati non fanno riferimento al principio del mutuo riconoscimento in relazione alle politiche migratorie (artt. 77-80 TFUE). Ciononostante, alcuni meccanismi che si basano sulla fiducia reciproca sono stati previsti, anche se sono piuttosto eterogenei tra loro e non sempre operanti in modo analogo rispetto a quelli relativi alla cooperazione giudiziaria³⁰.

Il primo esempio è rappresentato dalla cooperazione nell'ambito Schengen che, presupponendo l'adozione di norme comuni per l'abolizione dei controlli alle frontiere interne e la gestione integrata dei controlli alle frontiere esterne, si traduce nel riconoscimento dei diritti di ingresso o soggiorno di breve durata concessi da un altro Stato membro a cittadini di paesi terzi. La fiducia reciproca tra gli Stati membri rappresenta quindi il risultato di queste regole comuni, adottate sulla base dell'attuale art. 77 TFUE³¹.

Più simile al modello degli atti adottati in materia di cooperazione giudiziaria penale, sebbene con un impianto meno sofisticato, è la risalente (e dallo scarso impatto pratico) direttiva 2001/40, unica, sino ad ora, a prevedere, nell'ambito delle politiche migratorie, il riconoscimento reciproco dei provvedimenti nazionali, in particolare delle misure di allontanamento adottate contro i cittadini di paesi terzi in posizione irregolare che si trovino

in Danger of Being Eroded by the Recent Jurisprudence of the ECJ Concerning the EAW?, in *Transnational Criminal Law Review*, vol. 3, n. 1, 2024, p. 68 ss.; A. ROSANÒ, *Fiducia reciproca e circostanze eccezionali: considerazioni a partire dall'ordinanza Anacco della Corte di giustizia in materia di MAE*, in *BlogDUE*, 9 gennaio 2024.

³⁰ Cfr. V. MORENO-LAX, *Mutual (Dis-)Trust in EU Migration and Asylum Law: The 'Exceptionalisation' of Fundamental Rights*, in S. IGLESIAS SÁNCHEZ, M. GONZÁLEZ PASCUAL (eds.), *op. cit.*, p. 77 ss.

³¹ Sulla cooperazione Schengen e sulle politiche di asilo, in relazione a quanto si dirà *infra* in questo paragrafo, si vedano V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, 2017, p. 47 ss. e p. 337 ss.; M. GESTRI, *La protezione internazionale*, in A. M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI, *Lineamenti di Diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 77 ss.; S. MARINAI, *Il controllo delle frontiere e la lotta all'immigrazione irregolare*, *ivi*, p. 197 ss., spec. p. 204 ss.; S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 13 ss. e p. 83 ss.; i contributi apparsi in D. THYM, K. HAILBRONNER, *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary*, München, 2022, p. 216 ss. e p. 1129 ss.; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs. Volume I*, cit., p. 157 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2024, p. 595 ss.; D. VITIELLO, *Nel nome della libertà di circolazione: la riforma di Schengen e le alternative al ripristino dei controlli interni*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 13 ss.

in un secondo Stato membro³². Pur nel rispetto dei diritti fondamentali³³, l'obiettivo è quello di «consentire» (con una formulazione dalla quale non si evince con chiarezza se si tratti di un obbligo in capo allo Stato di esecuzione) il riconoscimento reciproco e l'esecuzione, nel secondo paese membro, delle espulsioni amministrative emesse a causa: *a*) di una condanna per un reato punibile con una pena privativa della libertà di almeno un anno; *b*) dell'esistenza di seri motivi per ritenere che il cittadino di un paese terzo abbia commesso fatti punibili gravi oppure di indizi concreti che intende commettere fatti di tale natura; oppure, *c*) del mancato rispetto delle normative nazionali relative all'ingresso o al soggiorno degli stranieri³⁴.

I divieti di ingresso che possono corredare una decisione di rimpatrio a sensi dell'art. 11 della direttiva 2008/115³⁵ e le segnalazioni sul rifiuto di ingresso o di soggiorno effettuate al sistema d'informazione Schengen³⁶ non sono concettualmente dissimili dal riconoscimento reciproco ai sensi della direttiva 2001/40, trattandosi di decisioni nazionali che mirano a impedire il (re)ingresso nello spazio Schengen a soggetti considerati minacce gravi per il pubblico e la sicurezza pubblica, *ratio* che è alla base anche della direttiva del 2001. Vale la pena notare, tuttavia, che le segnalazioni non comportano

³² Direttiva 2001/40/CE del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di paesi terzi.

³³ Ivi, art. 3, par. 2. Si veda Corte giust. 11 giugno 2020, C-448/19, WT: in relazione ad una misura di allontanamento indirizzata ad cittadino di Stato terzo avente lo *status* di lungo-soggiornante che abbia commesso un reato punibile con una pena privativa della libertà di almeno un anno, la direttiva 2001/40 va interpretata alla luce dell'art. 12 della direttiva 2003/109, escludendosi pertanto qualsiasi automatismo nell'espulsione ed essendo necessario esaminare, prima di procedere alla stessa, se tale cittadino costituisca una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza, la durata del suo soggiorno nel territorio dello Stato membro, la sua età, le conseguenze per lui e per i suoi familiari e i suoi vincoli con lo Stato membro di soggiorno o l'assenza di vincoli con il suo paese d'origine.

³⁴ Art. 1, par. 1, e art. 3, par. 1, della direttiva 2001/40/CE.

³⁵ 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. In argomento, per tutti, G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, Torino, 2021, p. 81 ss.; F. LUTZ, S. MANANASHVILI, M. MORARU, *Chapter 11. Return Directive 2008/115/EC*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, München, 2016, p. 692 ss.

³⁶ Ai sensi degli artt. 20 ss. del regolamento (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera, che modifica la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e abroga il regolamento (CE) 1987/2006.

obblighi di riconoscimento reciproco³⁷: mentre gli altri Stati membri sono obbligati a tenere conto di tali decisioni, non è loro vietato concedere l'ingresso o il soggiorno al cittadino di Stato terzo segnalato, fatto salvo l'obbligo di consultare lo Stato di emissione e il rispetto delle disposizioni di cui al codice frontiere Schengen³⁸.

L'operatività del principio della mutua fiducia e del connaturato strumento del mutuo riconoscimento si pone con maggiore attualità in relazione alla materia dell'asilo. Il punto di partenza è rappresentato dall'art. 78, par. 2, lett. a), TFUE, in virtù del quale il legislatore dell'UE ha la competenza ad adottare, tra le altre, misure relative a un sistema europeo comune di asilo che includa uno *status* uniforme in materia di asilo a favore di cittadini di paesi terzi, valido in tutta l'Unione, nonché uno *status* uniforme in materia di protezione sussidiaria per i cittadini di paesi terzi che, pur senza il beneficio dell'asilo europeo, necessitano di protezione internazionale. Ciononostante, come anticipato all'inizio del presente scritto, non esistono ancora meccanismi per il riconoscimento reciproco delle decisioni che conferiscono la protezione internazionale. Sebbene in dottrina non siano mancate autorevoli prese di posizione in favore dell'introduzione di tali meccanismi³⁹, questa non è mai stata presa in considerazione dal legislatore dell'Unione, pur in presenza di timidi tentativi della Commissione europea⁴⁰.

Il sistema europeo comune di asilo, in realtà, conosce istituti che presuppongono un alto grado di fiducia reciproca tra i Paesi membri. In primo luogo, il regolamento Dublino, uno dei più longevi e controversi previsti nell'ambito del SECA, nello stabilire «criteri e meccanismi» per determinare

³⁷ *Ivi*, art. 30. Sul tema, I. BACEIREDO MACHO, *Shaping EU borders: an analysis of the technological and institutional developments in border management in the European Union*, in *Peace & Security – Paix et Sécurité Internationales. EuroMediterranean Journal of International Law and International Relations*, vol. 13, 2025, p. 1 ss.

³⁸ Regolamento (UE) 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) (codificazione).

³⁹ Si vedano, in questo senso, C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *RDI*, n. 3, 2015, p. 701 ss.; V. MITSILEGAS, *Humanizing solidarity in European refugee law: The promise of mutual recognition*, in *MJ*, vol. 24, n. 5, 2017, p. 721 ss.

⁴⁰ V., in particolare, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini, COM (2009) 262def., del 10 giugno 2009, p. 28; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Un'Europa aperta e sicura: come realizzarla, COM (2014) 154final, dell'11 marzo 2014, p. 7.

quale Stato membro sia competente per l'esame della domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide, è corredato da un meccanismo di richiesta di presa in carico del richiedente che non abbia presentato la domanda nello Stato deputato⁴¹. Tale meccanismo, infatti, si basa sul presupposto che lo Stato responsabile tratterà la persona interessata ed esaminerà la sua domanda in ossequio alle medesime norme UE e internazionali pertinenti.

In secondo luogo, emergono i meccanismi di riconoscimento delle decisioni negative. Infatti, ai sensi dell'art. 33, par. 2, lett. d), della direttiva procedure⁴², gli Stati membri sono autorizzati a respingere in quanto inammissibili le domande reiterate di protezione internazionale, vale a dire quelle domande presentate nel medesimo o in un secondo paese dell'Unione (non contenendo la norma specificazioni al riguardo) dopo che è stata adottata una decisione definitiva su una richiesta precedente senza che siano emersi o siano stati presentati elementi o risultanze nuovi ai fini dell'esame volto ad accertare se al richiedente possa essere attribuita la qualifica di beneficiario di protezione internazionale⁴³. In tali casi rileva la c.d. funzione di ripresa in carico⁴⁴, che è possibile attivare, tra le varie ipotesi previste dall'art. 18 del regolamento⁴⁵ (al quale l'art. 23 rinvia), anche nel momento in cui un cittadino di un paese terzo o un apolide del quale è stata respinta la domanda la presenti domanda in un altro Stato membro⁴⁶. È pertanto possibile

⁴¹ Artt. 21-22 del regolamento.

⁴² 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 (rifusione). A partire dal 12 giugno 2026, essa sarà sostituita dal regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE (sulla possibilità di applicazione anticipata delle disposizioni relative ai paesi sicuri, v. F. CHERUBINI, in questo fascicolo).

⁴³ Art. 2, lett. q), della direttiva procedure. V. anche sentenza *Khan Yunis*, sopra citata, punto 80, in cui si stabilisce che non è possibile considerare quale domanda reiterata, e quindi non si può respingere in quanto inammissibile, una seconda domanda presentata prima che l'autorità a cui era stata presentata la prima domanda abbia adottato, ex art. 28, par. 1, della direttiva procedure un provvedimento di sospensione dell'esame della domanda a causa del ritiro implicito di quest'ultima. In tali casi, le uniche possibilità in capo alle autorità del secondo Stato rimangono la richiesta di ripresa in carico al primo paese membro oppure l'assunzione di competenza per la nuova domanda.

⁴⁴ Artt. 23-25 del regolamento.

⁴⁵ E che prevedono anche i casi di domanda in corso d'esame in un primo Stato membro e di domanda ritirata.

⁴⁶ Art. 18, lett. d), del regolamento.

formulare una richiesta di ripresa in carico al primo Stato membro senza che il secondo sia tenuto ad esaminare la domanda nel merito, sulla base del riconoscimento della decisione negativa già emessa.

Peraltro, a differenza del riconoscimento delle decisioni, come conosciuto nella cooperazione giudiziaria civile, in cui esso è obbligatorio e automatico, salvo determinati motivi ostativi tassativamente previsti, si tratta in entrambi questi casi di meccanismi informali, non obbligatori, di riconoscimento, prevedendo, tanto l'art. 23 del regolamento Dublino quanto l'art. 33 della direttiva procedure, semplici facoltà, da esercitarsi in presenza di motivi individuati, per gli Stati membri. Questi, infatti, ben potrebbero, in base alla legislazione vigente, optare per un esame nel merito di eventuali seconde domande di protezione internazionale senza procedere alla declaratoria di inammissibilità e alla richiesta di ripresa in carico⁴⁷. Il riconoscimento reciproco di una decisione negativa in materia di asilo imporrebbe invece la produzione di effetti vincolanti da parte di una decisione adottata dalle autorità di uno Stato membro nei confronti delle autorità di un altro Stato membro, le quali sarebbero, in linea di principio, tenute a riconoscerla e ad eseguirla come se fosse una propria decisione.

L'unico aggancio normativo alle decisioni positive⁴⁸ è rappresentato dall'art. 33, par. 2, lett. a), della direttiva procedure, che autorizza gli Stati membri a respingere in quanto inammissibili le domande di protezione internazionale presentate da soggetti ai quali sia stata previamente riconosciuta la protezione da parte di un altro Stato membro, sempre che, come unica limitazione all'operatività della norma, le condizioni di vita prevedibili che tali soggetti incontrerebbero in qualità di beneficiari dello *status* nel primo Stato membro non li espongano a un rischio reale di subire un trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'art. 4 della Carta⁴⁹, in continuità con la giurisprudenza *C.K.* e *Jawo*⁵⁰.

Il punto cruciale è che, neppure in questa ipotesi, viene previsto un obbligo di riconoscimento in capo alle autorità del secondo Stato investite di una domanda di protezione, bensì, molto più semplicemente, la possibilità

⁴⁷ Cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Emiliou, del 27 giugno 2024, C-123/23 e C-202/23, *Khan Yunis*, par. 80.

⁴⁸ A non voler considerare, data la scarsa rilevanza pratica della norma, l'art. 25 della direttiva qualifiche, che prevede, sul modello dell'art. 28 della convenzione di Ginevra, il riconoscimento dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri per permettere ai beneficiari di protezione internazionale di viaggiare al di fuori del loro territorio.

⁴⁹ Corte giust. ord. 13 novembre 2019, C-540/17 e C-541/17, *Hamed*, punto 43.

⁵⁰ V. *infra*, par. 4.

di non esaminare la domanda nel merito e di procedere con una richiesta di ripresa in carico. Si tratterebbe, pertanto, di una sorta di decisione positiva con effetti negativi. Come per l'ipotesi riguardante le decisioni negative, anche in questo caso, infatti, la c.d. clausola di sovranità di cui all'art. 17, par. 1, del regolamento Dublino autorizza lo Stato che riceve una domanda di protezione ad esaminarla, indipendentemente dal fatto che sia lo Stato astrattamente competente in base ai criteri, e anche se la domanda è già stata esaminata e respinta da un altro Stato membro. Come sottolineato dalla stessa Corte, il diritto dell'UE non subordina il ricorso a questa clausola ad alcuna condizione particolare⁵¹.

4. Segue: *i limiti ai trasferimenti in presenza di decisioni negative*

Una delle questioni che si sono poste nell'ambito del sistema Dublino è se agli Stati membri possa essere impedito di trasferire un richiedente asilo verso lo Stato astrattamente competente in presenza di circostanze che ne mettono in dubbio la sicurezza. Infatti, grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, e in particolare alla citata sentenza *N.S.*, l'art. 3, par. 2, del regolamento Dublino III contempla situazioni in cui un paese membro non possa trasferire il richiedente verso lo Stato responsabile a causa di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza tali da comportare un rischio di trattamento inumano o degradante. In tutti questi casi, infatti, la mutua fiducia cede in nome della prevalente tutela dei diritti fondamentali, rinvenendosi in questo un parallelismo con quanto previsto dalla Corte in tema di mandato di arresto europeo⁵².

Tuttavia, in tempi più recenti, la Corte di giustizia sembra aver specificato la precedente giurisprudenza *N.S.*, ulteriormente ampliata nei casi *C.K.* e *Jawo*⁵³, in termini più restrittivi, in particolare quando si è trovata a

⁵¹ Corte giust. 30 novembre 2023, C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328/21, *Ministero dell'Interno*, punto 146.

⁵² V. *supra*, par. 2.

⁵³ L'art. 3, par. 2, del regolamento è stato infatti oggetto di ulteriore interpretazione da parte della Corte di giustizia, che ha sancito il divieto di trasferire un richiedente asilo che presenti un disturbo mentale o fisico particolarmente grave se ciò comporta il fondato pericolo di un deterioramento significativo e irrimediabile del suo stato di salute oppure che, indipendentemente dalla sua volontà e dalle sue scelte personali, si verrebbe a trovare in una situazione di estrema privazione materiale, valutazione da farsi sulla base di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati e in considerazione del livello di tutela dei diritti fondamentali garantito dal diritto UE: Corte giust. 16 febbraio

pronunciarsi in relazione alla questione del divieto di *refoulement* indiretto. Il riferimento è alla sentenza *Ministero dell'Interno* del 2023⁵⁴, sempre vertere sull'interpretazione del regolamento Dublino III e relativa a diversi soggetti originari di Afghanistan, Iraq e Pakistan richiedenti asilo in Italia dopo aver presentato domanda (respinta) in altri Stati membri (Slovenia, Svezia, Germania e Finlandia) e destinatari, pertanto, di una decisione di trasferimento verso tali paesi a seguito dell'accettazione della richiesta italiana di ripresa in carico. In sede di rinvio pregiudiziale, promosso dai tribunali italiani davanti ai quali le suddette decisioni erano state impugnate, la Corte di giustizia ha stabilito che i tribunali del secondo Stato membro, aditi per l'annullamento della decisione di trasferimento, non sono tenuti a valutare il rischio di respingimento del richiedente nel suo paese d'origine a seguito del trasferimento nel primo Stato membro (ad esempio in presenza di decisioni di rimpatrio già emesse), a meno che non ritengano, in ossequio alla giurisprudenza *N.S.*, che vi siano difetti sistemici nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale nel primo Stato membro che possano comportare una violazione dell'art. 4 della Carta⁵⁵.

2017, C-578/16 PPU, *C. K. e a.*, punto 96; *Jawo*, sopra citata, punto 98. In argomento, G. ANAGNOSTARAS, *The Common European Asylum System: Balancing Mutual Trust Against Fundamental Rights Protection*, in *GLJ*, vol. 21, n. 6, 2020, p. 1180 ss. Sebbene l'art. 3, par. 2, preveda in tali casi che lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione del paese competente debba proseguire l'esame dei criteri per verificare se un altro Stato membro possa essere designato, la Corte ha in realtà stabilito che «lo Stato membro in cui si trova il richiedente asilo badi a non aggravare una situazione di violazione dei diritti fondamentali di tale richiedente con una procedura di determinazione dello Stato membro competente che abbia durata irragionevole», di fatto imponendo allo Stato di trattenere la competenza in merito alla domanda di protezione internazionale: *N.S.*, sopra citata, punto 98.

⁵⁴ Sent. *Ministero dell'Interno*, sopra citata.

⁵⁵ *Ministero dell'Interno*, sopra citata, punto 130 e seguenti. Per un'analisi approfondita di questo e degli ulteriori profili della pronuncia si rinvia a M. FERRI, *Nel nome della fiducia reciproca! La Corte di Giustizia si pronuncia sul rischio di refoulement indiretto nei trasferimenti Dublino: l'unica (e sempre più restrittiva) eccezione delle carenze sistemiche e le (limitate) prerogative del giudice nazionale*, in *EJ*, n. 1, 2024, p. 40 ss.; S. MARINAI, *Obblighi informativi e fiducia reciproca tra Stati membri nei trasferimenti Dublino: tra aperture e punti fermi fissati dalla Corte di giustizia all'alba dell'accordo sul nuovo Patto*, in *DIC*, n. 1, 2024, p. 1 ss.; F. VIGGIANI, *La posizione asimmetrica della Corte di giustizia dell'Unione europea nel contesto "emergenziale" del fenomeno migratorio*, in *CI*, n. 1, 2024, p. 137 ss. In argomento si vedano altresì M. FERRI, *To trust or not to trust in case of indirect refoulement? Una nuova sfida per il principio di fiducia reciproca nel sistema Dublino*, in *Questione giustiziana*, 26 ottobre 2021; ID, *L'(estrema) eccezionalità dei limiti al principio di fiducia reciproca in materia di asilo:*

Al contrario, la differenza di valutazione da parte dello Stato membro richiedente il trasferimento, da un lato, e dello Stato membro competente, dall'altro, circa il livello di protezione di cui può beneficiare il migrante nel suo paese di origine, ai sensi dell'art. 8 della direttiva qualifiche⁵⁶, o circa l'esistenza di minaccia grave e individuale alla vita o alla persona «è, in linea di principio, irrilevante ai fini del controllo della validità della decisione di trasferimento». Ciò in quanto gli obiettivi sottesi al sistema Dublino esigono che il giudice dell'impugnazione debba ritenere acquisito «il fatto che l'autorità competente in materia di asilo dello Stato membro competente valuterà e determinerà correttamente il rischio di *refoulement*, nel rispetto dell'articolo 19 della Carta, e che il cittadino di paese terzo disporrà, conformemente alle prescrizioni derivanti dall'articolo 47 della Carta, di mezzi d'impugnazione effettivi per contestare, se del caso, la decisione di detta autorità al riguardo»⁵⁷.

Con questa decisione, pertanto, sulla base della condivisione tra gli Stati membri dei valori comuni di cui all'art. 2 TUE e della conseguente fiducia nel fatto che gli ordinamenti giuridici nazionali siano in grado di fornire una tutela equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali, si impedisce al giudice del secondo Stato di entrare nel merito della decisione negativa emessa dal primo Stato membro (e della connessa decisione di rimpatrio) ed esaminare il rischio di una violazione, da parte dello Stato membro richiesto, del principio di *non-refoulement*, alla quale il richiedente protezione internazionale sarebbe esposto a seguito del suo trasferimento verso tale Stato membro. E per le medesime ragioni, il giudice del ricorso neppure potrebbe intimare alle autorità amministrative di applicare la clausola di sovranità *ex art. 17*, par. 1, del regolamento Dublino, trattandosi di disposizione che conferisce agli Stati una mera facoltà⁵⁸.

per la Corte di giustizia rileva solo il rischio di violazione dell'art. 4 della Carta, in SIE, n. 2, 2022, p. 357 ss.

⁵⁶ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), che sarà sostituita, a partire dal 1° luglio 2026, dal regolamento (UE) 2024/1347 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e che abroga la direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁵⁷ *Ministero dell'Interno*, sopra citata, punti 140-141.

⁵⁸ In senso contrario, però, Cass. ord. 5 maggio 2025, n. 11713, secondo cui, per

In una più recente sentenza, la Corte è addirittura giunta a statuire che neppure il fatto che lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale abbia in passato effettuato respingimenti somari alla propria frontiera e abbia trattenuto i richiedenti presso i propri valichi di frontiera preclude di per sé il trasferimento verso tale Stato membro, salvo che non sussistano motivi seri e comprovati di ritenere che egli potrebbe incorrere, al momento del trasferimento o in seguito ad esso, nel rischio reale di essere sottoposto a siffatte pratiche e queste ultime siano idonee a porlo in una situazione di estrema privazione materiale, di gravità tale da poter essere assimilata a un trattamento inumano o degradante⁵⁹.

A seguito di questa più recente giurisprudenza, la Corte di giustizia, riduce in maniera significativa lo spazio per una revisione della decisione di trasferimento in chiave di tutela dei diritti fondamentali, allontanandosi da quella somiglianza di impostazione, che aveva contraddistinto la sua precedente giurisprudenza, tra la materia migratoria e la cooperazione penale, settori che, per quanto perseguano interessi pubblici di tipo diverso, coinvolgono situazioni strutturalmente simili. L'unico parametro che, nell'ambito del SECA, è in grado di superare, nei rapporti tra Stati membri, il principio di fiducia reciproca in materia di trasferimenti (in base quanto anticipato, in relazione però all'art. 33, par. 2, lett. a), della direttiva procedure nella sentenza *Ibrahim*⁶⁰ e nell'ordinanza *Hamed* del 2019⁶¹) è il rispetto dell'art. 4 della Carta, ai sensi dell'art. 3, par. 2, del regolamento Dublino. Quando, invece, il parametro si sposta sul combinato disposto tra art. 4 e art. 19, par. 2⁶², della Carta, in relazione alla specifica ipotesi di rischio di *refoulement* indiretto, il principio della reciproca fiducia tra paesi membri risulta prevalente.

Nel sistema Dublino, il divieto di respingimento viene affievolito senza

l'Italia, quella facoltà si tramuta in obbligo affinché il giudice possa verificare l'esistenza delle condizioni della protezione ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost.: v. M. SAVINO, *Il richiedente "denegato" in Germania può avere una seconda chance in Italia? Il problematico "sì" della Prima sezione della Cassazione*, in *ADiM Blog*, giugno 2025, reperibile *online*. Sull'applicazione dell'art. 17 del regolamento Dublino anche in situazioni di rischio di *refoulement* indiretto, v. C. FAVILLI, *L'applicazione della clausola di discrezionalità del regolamento Dublino tra reciproca fiducia e tutela dei diritti dei richiedenti asilo*, in E. SCISO (a cura di), *I flussi migratori e le sfide all'Europa*, Torino, 2020, p. 165 ss.

⁵⁹ Corte giust. 29 febbraio 2025, C-392/22, X, punti 63 e 65.

⁶⁰ Corte giust. 19 marzo 2019, C-297/17, C-318/17, C-319/17, C-438/17, punto 92.

⁶¹ *Ibidem*; ord. *Hamed*, sopra citata, punto 43.

⁶² In base a tale articolo, «[n]essuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti».

peraltro considerare il considerando n. 32 del regolamento, che ribadisce la necessità per gli Stati membri di applicare le norme ivi contenute nel rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali figura l'art. 3 CEDU⁶³, che copre anche le ipotesi di *refoulement* indiretto⁶⁴ e in ossequio del quale l'art. 4 della Carta dovrebbe essere interpretato *ex art.* 52, par. 3, della stessa, nonché il diritto internazionale consuetudinario che erige l'obbligo di non respingimento verso paesi in cui il soggetto rischierebbe di subire tortura o altri trattamenti inumani e degradanti a principio non derogabile⁶⁵.

La mutua fiducia che informa il sistema europeo comune di asilo in presenza di provvedimenti che negano la protezione internazionale, e che consente al secondo Stato in cui la domanda venga eventualmente presentata di dichiararla inammissibile ai sensi dell'art. 33 della direttiva procedure e di chiedere il trasferimento del migrante verso il primo Stato che emesso la decisione negativa, salvo circostanze eccezionali, senza alcun obbligo di verificare eventuali potenziali violazioni del principio del non respingimento, non è pertanto messa in dubbio, anche fino a farla prevalere di fatto sul pieno rispetto dei diritti fondamentali, secondo un'inversione di priorità difficilmente giustificabile.

5. *La giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla circolazione dello status di rifugiato all'interno del SECA*

Il tema della portata del principio della mutua fiducia non rileva solamente in relazione al tema dei trasferimenti nell'ambito del sistema Dublin,

⁶³ Oltre agli altri strumenti di diritto internazionale pattizio quali l'art. 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966 e l'art. 3 della convenzione contro la tortura del 1984.

⁶⁴ Sui limiti all'espulsione derivanti dall'art. 3 CEDU, P. PUSTORINO, *Articolo 3. Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 63 ss., spec. p. 85 ss.; G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 146 ss.; F. DEL VILLANO, *Articolo 3. Proibizione della tortura*, in S. BELTRANI (diretto da), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. I diritti – La procedura*, p. 122 ss., spec. p. 164 ss.

⁶⁵ Cfr. P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, in *DUE*, n. 1, 2010, p. 19 ss., spec. p. 25; G. CELLAMARE, *Note in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare N.D. e N.T. c. Spagna*, in *SIE*, n. 1, 2018, p. 153 ss., spec. p. 153; L. PANELLA, *L'espulsione dei migranti irregolari viola l'art. 3 della CEDU? Il contraddittorio atteggiamento della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in I. CARACCIOLO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022, p. 739 ss., spec. p. 741.

ma, in tempi più recenti, è emerso in relazione a quello del riconoscimento positivo degli *status*. In base al diritto UE, nell'assenza di una disposizione che espressamente imponga tale riconoscimento, le autorità di uno Stato membro, qualora decidessero di non avvalersi della facoltà di cui all'art. 33, par. 2, lett. a), della direttiva procedure e non dichiarassero inammissibile la domanda di protezione presentata da un soggetto che abbia già ricevuto protezione in un altro paese UE, dovrebbero avviare una nuova procedura volta all'esame delle condizioni che giustificano il riconoscimento della protezione internazionale.

Sebbene l'assenza di un generale obbligo di riconoscimento tra Stati delle decisioni di riconoscimento della protezione sia stata confermata dalla Grande Sezione della Corte di giustizia in due sentenze rese il 18 giugno 2024, entrambe su rinvio dei giudici tedeschi, *Bundesrepublik Deutschland* (Effet d'une décision d'octroi du statut de réfugié)⁶⁶ e *Generalstaatsanwaltschaft Hamm* (Demande d'extradition d'un réfugié vers la Turquie)⁶⁷, i giudici dell'Unione non sono giunti a negare completamente effetti giuridici a tali provvedimenti nel momento in cui questi siano fatti valere davanti alle autorità di un secondo paese membro.

Il primo caso riguarda una cittadina siriana che aveva presentato una domanda di protezione internazionale in Germania dopo aver ottenuto lo *status* di rifugiata in Grecia, ma che non poteva essere ivi trasferita a causa delle carenze sistemiche che il sistema greco presentava e che si sarebbero potute tradurre in un serio rischio di subire trattamenti inumani o degradanti. Il rinvio pregiudiziale trae origine dall'impugnazione del provvedimento tedesco che, a seguito dell'esame della nuova domanda, riconosce, anziché lo *status* di rifugiata, quello di beneficiaria di protezione sussidiaria e nell'ambito della quale viene pertanto richiesto il riconoscimento del provvedimento greco che, invece, tale *status* aveva previsto. La questione posta ineriva pertanto all'esistenza di un obbligo, per le autorità di un secondo Stato membro in cui sia presentata una nuova domanda, di riconoscere il provvedimento positivo emesso da un precedente paese UE, senza condurre un ulteriore esame dei requisiti sostanziali necessari, qualora non fosse possibile invocare l'art. 33, par. 2, lett. a), della direttiva procedure e trasferire il richiedente verso lo Stato che già aveva accordato la protezione, in virtù dei

⁶⁶ Corte giust. 18 giugno 2024, C-753/22. Per un commento, L. BOUCHERON, *Absence de reconnaissance mutuelle des décisions d'octroi du statut de réfugié: le symbole d'un régime d'asile encore en construction*, in *RAE*, n. 2, 2024, p. 331 ss.; V. MICHEL, *Reconnaissance mutuelle des décisions d'octroi du statut de réfugié*, in *Europe*, nn. 8-9, 2024, p. 22 ss.

⁶⁷ Corte giust. 18 giugno 2024, C-352/22.

limiti all'operatività individuati dalla medesima Corte di giustizia in presenza di carenze sistemiche⁶⁸.

La Corte, pur rammentando come la formulazione dell'art. 78, par. 2, lett. a), TFUE parli di «uno status *uniforme* in materia di asilo a favore di cittadini di paesi terzi, *valido in tutta l'Unione*»⁶⁹, ribadisce come da tale disposizione non discendano effetti diretti, limitandosi la stessa a fornire solo una base giuridica per l'adozione, da parte del legislatore dell'Unione, di misure che prevedano uno *status* con tali caratteristiche⁷⁰. Si evince pertanto come il principio di fiducia reciproca non rappresenti uno standard autonomo di controllo; al contrario, esso è applicato «in tandem» con le disposizioni del diritto derivato dell'Unione, guidandone l'interpretazione⁷¹. Come già anticipato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, una disposizione che contiene un trasferimento di competenza all'UE non è tale da «supportare la conclusione che essa contiene diritti direttamente applicabili che rendono il principio del riconoscimento reciproco pienamente effettivo e operativo»⁷². Del resto, dai considerando dei principali atti ascrivibili al SECA emerge come la creazione di tale sistema si sarebbe avuta gradualmente e per fasi successive, sino a giungere ad una procedura comune (obiettivo che con il nuovo regolamento procedure⁷³, destinato a sostituire la direttiva procedure, si può considerare raggiunto) e ad uno *status* uniforme⁷⁴. In questa fase del diritto dell'Unione e allo stato attuale del sistema europeo di asilo, per quanto gli Stati membri possano, se previsto da disposizioni più favorevoli del loro ordinamento interno⁷⁵, riconoscere le decisioni

⁶⁸ *Ibrahim*, sopra citata e ord. *Hamed*, sopra citata. Su una questione analoga pendeva un ulteriore rinvio pregiudiziale tedesco (C-228/23, *El Baheer*), che è stato però cancellato dal ruolo con ord. del 12 dicembre 2024, in quanto il giudice nazionale non ha più ritenuto il quesito rilevante alla luce del fatto che il ricorrente, tenuto conto dell'attuale situazione nella Striscia di Gaza, avrebbe comunque beneficiato di protezione internazionale. Inoltre, anche un giudice olandese ha ritirato il proprio quesito pregiudiziale, ritenuto non più necessario per la risoluzione del caso di specie alla luce della sentenza in esame, con conseguente radiazione della causa dal ruolo: Corte giust. 27 agosto 2024, C-551/23, *Cassen*.

⁶⁹ I corsivi sono nostri.

⁷⁰ *Bundesrepublik Deutschland*, sopra citata, punto 56 e seguenti.

⁷¹ S. PRECHAL, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in EP, n. 1, 2017, p. 75 ss., spec. p. 79.

⁷² Conclusioni dell'Avv. gen. Medina, del 25 gennaio 2024, C-753/22, *Bundesrepublik Deutschland* (Effet d'une décision d'octroi du statut de réfugié), par. 48.

⁷³ Regolamento 2024/1348, sopra citato.

⁷⁴ Considerando n. 6 del regolamento Dublino, 7 e da 9 a 11 della direttiva qualifiche e 4 e 12 della direttiva procedure.

⁷⁵ *Ex artt.* 3 della direttiva qualifiche e 5 della direttiva procedure.

positive adottate da un altro Stato membro, essi non sono tuttavia a ciò tenuti.

Ciononostante, alla precedente decisione positiva non possono non essere riconosciuti alcuni, seppur limitati, effetti. Infatti, qualora l'autorità competente non possa respingere, in quanto inammissibile, una domanda di protezione internazionale di un richiedente al quale un altro Stato membro abbia già concesso tale protezione, a causa di un serio rischio per il richiedente di essere sottoposto, in quest'altro Stato membro, ad un trattamento inumano o degradante, essa deve procedere ad un nuovo esame individuale, completo e aggiornato delle condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Ed è nell'ambito di tale esame che l'autorità deve comunque «tenere pienamente conto» della decisione dell'altro Stato membro e degli «elementi a suo sostegno»⁷⁶. In particolare, proprio l'esistenza di una decisione positiva di riconoscimento dello *status* «può costituire uno di quegli elementi che comprovano i fatti addotti a sostegno della nuova domanda»⁷⁷. Pertanto, l'autorità del secondo Stato membro è tenuta ad avviare, nel più breve tempo possibile, uno scambio di informazioni con l'autorità che ha adottato la decisione e, se il richiedente soddisfa le condizioni per essere considerato rifugiato, a riconoscergli tale *status* senza disporre di un potere discrezionale. L'obbligo di avviare uno scambio di informazioni viene pertanto considerato un'estrinsecazione del principio della mutua fiducia e del principio della leale cooperazione (nel quale rientra anche l'obbligo del primo paese membro di dare piena assistenza al secondo), volti a garantire, per quanto possibile, la coerenza delle decisioni adottate dalle autorità competenti di due Stati membri in relazione alla necessità di protezione internazionale del medesimo soggetto⁷⁸. La Corte non menziona il principio di buona amministrazione, richiamato invece dall'Avvocato generale, ma anche di esso è espressione l'obbligo di avviare una cooperazione volta allo scambio di informazioni entro un termine ragionevole, secondo esigenze di speditezza che sono richiamate anche dal considerando 19 della direttiva procedure.

La seconda pronuncia sopra menzionata riguarda invece un caso in cui le autorità turche richiedevano a quelle tedesche di estradare un cittadino turco di origine curda sospettato di omicidio, residente in Germania, al quale era stato però precedentemente riconosciuto lo *status* di rifugiato in Italia sulla base un rischio di persecuzione per motivi politici in ragione del suo sostegno al partito dei lavoratori del Kurdistan (PKK). Il dubbio interpreta-

⁷⁶ *Bundesrepublik Deutschland*, sopra citata, punto 76.

⁷⁷ Conclusioni dell'Avv. gen. Medina, C-753/22, sopra citate, par. 82.

⁷⁸ *Bundesrepublik Deutschland*, sopra citata, punti 77-78.

tivo era pertanto se il previo provvedimento positivo italiano potesse ostare all'extradizione da parte delle autorità tedesche.

I giudici dell'Unione, pur ribadendo quanto affermato nella sentenza "gemella" resa in pari data, vale a dire che l'art. 78, par. 2, lett. a), TFUE rappresenta una mera base giuridica dalla quale non discendono diritti invocabili direttamente davanti ai giudici interni, giungono però anche in questo caso a riconoscere effetti giuridici al provvedimento di riconoscimento dello *status*, anche sulla base, a differenza della sentenza precedente, della valorizzazione delle rilevanti norme della Carta. In particolare, fintantoché il soggetto reclamato possiede la qualifica di rifugiato e soddisfa le condizioni per godere di tale qualità, una sua estradizione verso il paese terzo di origine avrebbe l'effetto di privarlo del godimento effettivo dei diritti conferiti dall'art. 18 della Carta (come specificati dalla direttiva qualifiche) e di esporlo ai rischi di cui all'art. 19, par. 2, della Carta medesima. Tali disposizioni, pertanto, ostano all'extradizione finché le autorità che hanno riconosciuto lo *status* non lo abbiano altresì espressamente revocato⁷⁹.

Al fine di giungere ad una eventuale revoca, l'autorità competente del secondo Stato membro, conformemente al principio di leale cooperazione, è tenuta, come nel caso precedente, ad avviare, quanto prima, uno scambio di informazioni con l'autorità che ha emanato la decisione positiva, informandola della domanda di estradizione, del proprio parere in merito e richiedendo di trasmettere, sempre entro un termine ragionevole, tutti gli elementi che hanno portato al riconoscimento dello *status* e l'eventuale decisione di revoca dello stesso⁸⁰. Anche qualora a seguito di tale contatto la prima revochi lo *status* di rifugiato, la seconda deve poi assicurarsi che non esista alcun serio rischio che, in caso di estradizione, l'interessato sia sottoposto nel paese d'origine alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti, in ossequio al principio di *non-refoulement* diretto e indiretto⁸¹.

Anche in questa seconda sentenza emerge, pertanto, come il provvedimento positivo emanato nel primo Stato membro abbia una valenza per il secondo, che deve decidere sull'extradizione. Tale conclusione non è però conseguenza dell'obbligo di riconoscimento della decisione italiana, che, così come nella sentenza *Bundesrepublik Deutschland*, viene nuovamente escluso dalla Corte alla luce dello stato attuale del sistema europeo comune di asilo. Anche in assenza di revoca dello *status*, infatti, non è possibile giun-

⁷⁹ Cfr. *Generalstaatsanwaltschaft Hamm*, sopra citata, punto 59.

⁸⁰ *Ivi*, punto 68.

⁸¹ *Ivi*, punti 58 e 61.

gere alla conclusione che si sia di fronte ad un obbligo di riconoscimento da parte del secondo Stato: la presenza di un previo provvedimento positivo osta sì all'extradizione, ma non necessariamente implica il riconoscimento dello *status* anche nello Stato richiesto dell'extradizione.

Piuttosto, il risultato del divieto di extradizione verso un paese terzo in presenza di una decisione positiva adottata in un precedente paese aderente SECA si ottiene tramite un ragionamento che prevede un doppio passaggio: prima, facendo rientrare la fattispecie nell'alveo del diritto UE, in quanto l'accoglimento della domanda di extradizione comporterebbe il venir meno dei diritti e dei benefici previsti dalla direttiva qualifiche⁸². Secondariamente e di conseguenza, prevedendo l'obbligo di applicare il diritto UE nel rispetto della Carta, specificamente degli artt. 4, 18 e 19, par. 2 (quest'ultimo anche declinato nell'art. 21 della direttiva qualifiche), che devono essere pienamente rispettati⁸³ dall'autorità dello Stato incaricato di esaminare la domanda di extradizione inerente ad un soggetto che abbia ottenuto protezione in un altro paese membro.

Al fine di valutare l'eventuale violazione di queste norme in caso di extradizione, la decisione di riconoscimento previamente emessa costituisce un «indizio particolarmente serio», tale da «indurre [...] a rifiutare l'extradizione»⁸⁴. Quello che inizialmente sembra, per quanto serio, uno degli elementi che le autorità del secondo paese devono tenere in considerazione per decidere sull'extradizione, diventa poi l'elemento dirimente, tale da impedire l'extradizione senza la revoca dello *status* da parte del paese che l'ha inizialmente concesso (che discenderebbe dall'ulteriore obbligo, così come detto nell'altra sentenza, di avviare col primo Stato membro uno scambio di informazioni in ossequio al principio di leale cooperazione).

Rispetto alla sentenza *Bundesrepublik Deutschland*, alla lente della mutua fiducia e della leale cooperazione si aggiunge qui quella della tutela dei diritti e dell'effetto utile delle altre norme della direttiva procedure, in base alla quale anche la revoca dello *status* deve essere il risultato di procedure (e

⁸² *Ivi*, punto 52.

⁸³ J. Y. CARLIER, E. FRASCA, *Refugee from one Member State to Another: Towards Automatic Mutual Recognition?*, www.eumigrationlawblog.eu, 5 May 2025, fanno notare come l'espressione utilizzata dalla Corte al punto 58 («una sua extradizione verso il paese terzo di origine avrebbe l'effetto di privarla del godimento effettivo del diritto conferitole dall'articolo 18 della Carta») ricordi quella utilizzata a partire dalla giurisprudenza *Ruiz Zambrano* in materia di divieto di espulsione dei familiari dei familiari di cittadini europei statici.

⁸⁴ *Generalstaatsanwaltschaft Hamm*, sopra citata, punto 63.

conseguenti garanzie procedurali) ben precise, che verrebbero di fatto eluse se lo Stato richiesto potesse estradare un cittadino al quale un altro paese ha riconosciuto lo *status*.

6. *Riflessioni conclusive*

Da quanto precede è possibile trarre diversi ordini di conclusioni. La riflessione che emerge con immediatezza riguarda la diversa e maggiore incisività del principio della mutua fiducia a fronte di decisioni negative rispetto a provvedimenti positivi di riconoscimento dello *status*. Ne discende che, in questa materia, il legislatore UE ha dettato regole, nel regolamento Dublino e nella direttiva procedure, volte a consentire, sulla base del diritto dell'Unione, la piena accettazione degli effetti della prima categoria di atti, ma non della seconda.

Nella materia in esame, la mutua fiducia non è declinata in forme di riconoscimento obbligatorio, di stampo "internazionalprivatistico"⁸⁵, ma, piuttosto, in strumenti di riconoscimento facoltativi, ma che, tuttavia, in presenza delle condizioni determinate dalle rilevanti disposizioni, consentono agli Stati di tenere pienamente conto degli effetti delle decisioni adottate da altri paesi membri. Questo emerge con chiarezza in relazione alle decisioni negative, a fronte delle quali le autorità del secondo Stato sono autorizzate a dichiarare inammissibile la nuova domanda e a disporre il trasferimento del migrante verso il paese UE che per primo ha esaminato, respingendola, la richiesta di protezione. Come discende dalla sentenza *Ministero dell'Interno*, in presenza di provvedimenti di diniego della protezione, la mutua fiducia intra-UE è massima, potendo il provvedimento essere riconosciuto senza neppure la possibilità, per i giudici nazionali, di riesaminare la decisione di trasferimento nell'ottica dei diritti fondamentali a protezione del divieto di *refoulement* indiretto.

In realtà, anche la possibilità di dichiarare inammissibile la nuova domanda a fronte del previo riconoscimento di protezione da parte di un altro Stato membro si inserisce in questo solco: gli effetti della prima decisione possono infatti essere fatti valere, non ai fini di un'estensione di tutela del migrante e di un ampliamento del suo *status* anche nel secondo paese, ma, al contrario, al fine, in concreto, di un suo trasferimento verso lo Stato che ha accordato la protezione, al territorio del quale gli effetti rimangono pertanto geograficamente limitati.

⁸⁵ V. *supra*, par. 3.

Il fatto che un provvedimento positivo non possa *sic et simpliciter*, sulla base del diritto UE, essere fatto valere in un altro Stato membro, ha in passato portato la Corte di giustizia ad elaborare soluzioni fantasiose per giungere a tutelare i diritti fondamentali, quali ad esempio l'unità familiare. Come emerge da due sentenze del 2022⁸⁶, inerenti all'interpretazione dell'art. 33, par. 2, lett. a), della direttiva procedure, finché non sarà consentito al soggetto, che abbia ottenuto protezione in un primo Stato, di circolare e soggiornare in un altro Stato (dove, nei casi di specie, risiedevano i figli minori), l'unica soluzione possibile per salvaguardare l'unità del nucleo familiare è quella di dichiarare inammissibile la seconda domanda presentata, facendo però contestualmente valere l'art. 23 della direttiva qualifiche, ai sensi del quale i familiari del beneficiario di protezione internazionale, che individualmente non hanno diritto a tale protezione, hanno però il diritto ad essere ammessi ai benefici di cui agli articoli da 24 a 35 della stessa, tra cui emerge il diritto ad un permesso di soggiorno per motivi familiari (e non per protezione internazionale). Si stabilisce quindi che il richiedente, pur non avendo diritto ad un nuovo permesso di soggiorno per protezione internazionale (né al riconoscimento, per i motivi detti, dello *status* riconosciuto dal primo Stato), abbia comunque diritto di permanere nel territorio del secondo paese laddove ciò sia funzionale al mantenimento dell'unità familiare⁸⁷. Nonostante un virtuoso utilizzo del combinato disposto dell'art. 33 della direttiva procedure e dell'art. 23 della direttiva qualifiche, in chiave, ancora una volta, di tutela dei diritti fondamentali, emerge una certa macchinosità nel doppio passaggio a cui la Corte è stata costretta e che non sarebbe stato necessario se gli *status* legati alla protezione internazionale potessero circolare.

A tale riguardo non si può sottacere come, rispetto alla cooperazione giudiziaria, dove il riconoscimento ha per oggetto provvedimenti dell'autorità giurisdizionale, nel caso delle politiche migratorie, questo istituto inerebbe a provvedimenti amministrativi (o, *rectius*, a *status* ad essi sottesi), la cui circolazione non ha, neppure in altre aree del diritto UE, raggiunto la sofisticazione che si incontra nell'ambito, per l'appunto, della cooperazione

⁸⁶ Corte giust. 22 febbraio 2022, C-483/20, *Commissaire général aux réfugiés and aux apatrides* (Unité familiale – Protection déjà accordée); 1° agosto 2022, C-720/20, *Bundesrepublik Deutschland* (Enfant de réfugiés, né hors de l'État d'accueil).

⁸⁷ Su questi aspetti sia consentito il rinvio a C. FRATEA, *La tutela del diritto all'unità familiare dei minori migranti tra sistema europeo comune di asilo e direttiva sul ricongiungimento familiare: una lettura alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *OIDU*, n. 1, 2023, p. 12 ss.

giudiziaria⁸⁸. Tuttavia, rispetto, ad esempio, agli ambiti della libera circolazione delle merci o del riconoscimento dei diplomi e delle qualifiche professionali, non può neppure non notarsi, in virtù della delicatezza (anche da un punto di vista politico) della materia in oggetto, una ritrosia, non pienamente giustificabile ad avviso di chi scrive, da parte degli Stati membri.

A ciò si aggiunga che il mutuo riconoscimento di provvedimenti amministrativi non è ignoto all'ambito migratorio, come si è visto in relazione alle decisioni di allontanamento ai sensi della direttiva 2001/40 e come si vedrà, ancor più chiaramente, se sarà approvata la proposta di regolamento della Commissione, abrogativa della direttiva rimpatri⁸⁹ e della stessa direttiva 2001/40, che prevede il mutuo riconoscimento delle decisioni di rimpatrio, introdotto a sostegno del dichiarato obiettivo di accrescere l'efficienza delle relative procedure⁹⁰. Il modello adottato può essere assimilato ad uno di quelli che si rinvencono nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile⁹¹, in particolare quello del riconoscimento e dell'esecuzione automatica, grazie alla circolazione dei provvedimenti per mezzo un ordine europeo di rim-

⁸⁸ Sulla circolazione degli atti amministrativi all'interno dell'Unione europea, L. DE LUCIA, *From Mutual Recognition to EU Authorization: A Decline of Transnational Administrative Acts?*, in *Italian Journal of Public Law*, vol. 8, n. 1, 2016, p. 91 ss.; J. J. PERNAS GARCÍA, *The EU's Role in the Progress Towards the Recognition and Execution of Foreign Administrative Acts: The Principle of Mutual Recognition and the Transnational Nature of Certain Administrative Acts*, in J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (ed.), *Recognition of Foreign Administrative Acts*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2016, p. 15 ss.; L. ARROYO JIMÉNEZ, *Effective Judicial Protection and Mutual Recognition in the European Administrative Space*, in *German Law Journal*, vol. 22, n. 3, 2021, p. 344 ss.; G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, p. 69 ss.

⁸⁹ Direttiva 2008/115/CE, sopra citata.

⁹⁰ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un sistema comune per il rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nell'Unione è irregolare e che abroga la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 2001/40/CE del Consiglio e la decisione 2004/191/CE del Consiglio, COM (2025) 101final, dell'11 marzo 2025. La Commissione già invitava gli Stati a cooperare per il mutuo riconoscimento di tali decisioni nella *Commission recommendation on mutual recognition of return decisions and expediting returns when implementing Directive 2008/115/EC of the European Parliament and the Council*, C(2023) 1763 final, of 16 March 2023. Si vedano anche le *Strategic guidelines for legislative and operational planning within the area of freedom, security and justice*, 28 November 2024, 16342/23, in cui si afferma che «[a] successful return policy is a fundamental pillar of a comprehensive and credible EU asylum and migration system» (par. 11).

⁹¹ Del resto, l'ambito di applicazione della proposta si estende alle decisioni sia amministrative sia giudiziarie di rimpatrio (art. 4, par. 4).

patrio (che ricalca i certificati a cui si ricorre nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile o il formulario allegato alla decisione quadro sul mandato di arresto europeo), che conterrà tutti gli elementi principali della decisione e che sarà messo a disposizione attraverso il sistema d'informazione Schengen⁹².

Il meccanismo previsto dalla proposta prevede, nell'immediato, che lo Stato membro in cui il cittadino di paese terzo soggiorna irregolarmente (Stato membro di esecuzione) *possa* riconoscere una decisione di rimpatrio esecutiva emessa nei confronti di detto cittadino da un altro Stato membro (Stato membro di emissione). Tuttavia, a decorrere dalla pubblicazione della decisione di esecuzione della Commissione, che dovrebbe avvenire entro il 1° luglio 2027, gli Stati membri *saranno tenuti* a riconoscere le decisioni di rimpatrio esecutive emesse da altri Stati membri, salvo che, come motivo di rifiuto (nel riconoscimento o nell'esecuzione), la decisione di rimpatrio sia manifestamente contraria all'ordine pubblico dello Stato membro di esecuzione o che il cittadino di paese terzo debba essere allontanato verso un paese terzo diverso da quello indicato nella decisione di rimpatrio dello Stato membro di emissione. Qualora lo Stato membro di esecuzione non riconosca o non esegua una decisione di rimpatrio o qualora lo Stato membro di emissione revochi la decisione di rimpatrio o quest'ultima sia annullata da un'autorità giudiziaria, il secondo Stato sarà tenuto ad emettere a sua volta una decisione di rimpatrio⁹³.

Non è tuttavia casuale che questo nuovo meccanismo, per quanto rappresenti, dal punto di vista tecnico-giuridico, il traguardo più evoluto nel riconoscimento delle decisioni nell'ambito delle politiche migratorie, sia stato previsto per le decisioni di allontanamento e che ancora non emergano neppure timidi analoghi tentativi in materia di riconoscimento degli *status* legati alla protezione internazionale, nonostante l'armonizzazione della materia.

Per quanto il SECA rappresenti un sistema ancora in costruzione e la mutua fiducia non costituisca, nell'ambito dello spazio di libertà sicurezza e giustizia, un principio autonomo applicabile indipendentemente dalla legislazione secondaria, bensì un principio che si applica attraverso tale legislazione al fine di massimizzarne l'effetto utile, non possono non notarsi importanti incongruenze. In primo luogo, la mancata previsione della circolazione delle decisioni positive in materia di protezione internazionale, contrariamente a ciò che dovrebbe qualificare la materia dell'asilo, riflette di fatto l'assenza di una completa fiducia reciproca tra gli Stati membri, un'assenza alquanto contraddittoria data l'ampiezza dell'armonizzazione in questo settore. Mentre a

⁹² Art. 7, par. 7, della proposta.

⁹³ *Ivi*, art. 9.

livello di cooperazione giudiziaria civile la mutua fiducia si è tradotta in sistemi molto avanzati ed integrati di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni anche in assenza di norme materiali uniformi (essendo comuni i criteri di collegamento per l'individuazione della legge, fissati a livello UE o internazionale⁹⁴, applicabili a situazioni con elementi di estraneità, ma mancando a livello UE norme sostanziali condivise), lo stesso risultato non è stato ancora ottenuto in relazione allo *status* di rifugiato, sebbene invece esistano, in tale ambito, norme sostanziali armonizzate. La direttiva qualifiche, che sarà peraltro sostituita da un regolamento a partire dal 2026, stabilisce infatti i requisiti per il riconoscimento della protezione su un modello, per quanto riguarda l'asilo, dettato a livello internazionale dalla convenzione di Ginevra, e il provvedimento finale che riconosce lo *status* è meramente ricognitivo, e non costitutivo, delle qualità di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria, che il soggetto possiede, in presenza delle condizioni previste dalla direttiva stessa, indipendentemente da quel provvedimento⁹⁵.

In secondo luogo, risulta difficilmente giustificabile, se non alla luce di particolarismi politici, anche che, a fronte dell'ampliamento della nozione di atti di persecuzione ai sensi dell'art. 9 della direttiva qualifiche da parte della Corte di giustizia⁹⁶, che porta gli Stati membri a dover riconoscere lo *status* a categorie sempre più ampie di soggetti, tale *status* non possa poi circolare nell'ambito del SECA in base al diritto dell'Unione (e non in base a norme nazionali eventualmente più favorevoli, che peraltro, alla luce del nuovo Patto, che tramuterà le attuali direttive in regolamenti, sarà difficile prevedere)⁹⁷.

Infine, non si può non considerare il rischio di decisioni contrastanti

⁹⁴ Si veda ad es. il protocollo dell'Aja del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, che integra il regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

⁹⁵ Considerando n. 21 della direttiva qualifiche e Corte giust. 14 maggio 2019, C-391/16, C-77/17 e C-78/17, M (Revoca dello status di rifugiato), punti 84-86. In dottrina, P. DE PASQUALE, *op. cit.*, p. 23.

⁹⁶ Emblematica in tal senso Corte giust. 4 ottobre 2024, C-608/22 e C-609/22, *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl e a. (Femmes afghanes)*. Per un commento, P. Y. MONJAL, *CJUE, 4 octobre 2024, AH et FN contre Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, aff. C-608/22 et 609/22*, in *RDUE*, n. 4, 2024, p. 135 ss.; L. HESCHL, *Developing the Human Rights-Based Approach to Persecution Further? The CJEU's Approach in the Afghan Women and Girls Case*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 27, n. 1, 2025, p. 94 ss.

⁹⁷ In tal senso v. anche T. M. MOSCHETTA, *Mutuo riconoscimento, leale cooperazione ed effettività dei diritti nell'incompiuto sistema comune di asilo: spunti critici sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *FSJ*, n. 3, 2024, p. 58 ss., spec. p. 69 ss.

all'interno di un sistema di asilo, che le istituzioni UE e la giurisprudenza della Corte continuano a dichiarare informato al principio della fiducia reciproca. Infatti, qualora un soggetto proponesse una nuova domanda di asilo e le autorità dello Stato non potessero, a causa di carenze sistemiche presenti nel primo Stato, o non volessero trasferire il migrante, non ritenendo di avvalersi della possibilità data dall'art. 33 della direttiva procedure, ma preferendo trattenere la competenza in virtù della clausola discrezionale contenuta nell'art. 17 del regolamento Dublino (anche perché non sempre le autorità del secondo Stato sono a conoscenza di precedenti provvedimenti adottati in un altro paese del SECA), si potrebbe aprire anche questo scenario. Si potrebbe infatti verificare l'ipotesi non solo, come avvenuto nel caso *Bundesrepublik Deutschland*, che un'autorità riconosca lo *status* di rifugiato e l'altra quello di beneficiario di protezione sussidiaria⁹⁸, ma addirittura che un'autorità riconosca lo *status* e l'altra opti invece per un diniego. Tali situazioni di incertezza giuridica rischiano di minare significativamente la fiducia reciproca all'interno del SECA, rischio che la previsione del mutuo riconoscimento degli *status* scongiurerebbe.

Come la Corte ha ripetutamente ribadito, questo non si potrà trarre direttamente dai trattati (come invece avvenuto in materia di libera circolazione delle merci, trattandosi però in quel caso di riconoscimento di norme tecniche per rendere effettiva una delle quattro libertà fondamentali). Del resto, anche in materia di cooperazione giudiziaria, gli artt. 81-82 TFUE sono costruiti come basi giuridiche che hanno necessitato del successivo intervento di positivizzazione da parte del legislatore. Ciò non toglie che la previsione di vero mutuo riconoscimento, modellato su quanto previsto dalla proposta della Commissione in relazione alle decisioni di rimpatrio⁹⁹, pertanto con un divieto di riesame nel merito, e indipendente dall'impossibilità di trasferimento nello Stato che ha accordato la protezione a causa di carenze sistemiche e del conseguente serio rischio di trattamenti inumani

⁹⁸ In casi come questo, in cui l'impossibilità di trasferimento era dovuta a carenze sistemiche nel primo Paese membro, occorrerebbe sottolineare che la perdita di fiducia riguarda le condizioni di soggiorno nel primo Stato membro, e non le condizioni che disciplinano le procedure di trattamento delle domande di asilo nel primo Stato membro, e, dall'altro, le condizioni di vita dei beneficiari di protezione internazionale in tale Stato membro. Pertanto, la decisione positiva può considerarsi validamente adottata: cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Medina, C-753/22, sopra citate, par. 42-43.

⁹⁹ Su altri modelli proposti per la circolazione delle decisioni di riconoscimento dello status di rifugiato prima della presentazione di questa proposta, si rinvia a V. MITSILEGAS, *op. cit.*, p. 737.

e degradanti, costituirebbe un passo volto ad accrescere la mutua fiducia verso il completamento di un sistema di asilo che ancora manca dell'implementazione dell'art. 78, par. 2, lett. a), TFUE. Del resto, come affermato dalla Corte nel parere 2/13, la mutua fiducia dovrebbe venire meno solo in «circostanze eccezionali»¹⁰⁰ e, quando si tratta di riconoscimento di decisioni positive, non pare si presentino circostanze tali da giustificare il venir meno del principio, rappresentando l'assenza di intervento del legislatore una contraddizione del sistema.

Nel corso del presente scritto si è fatto riferimento al riconoscimento dello *status* o della decisione che tale *status* prevede, senza necessariamente giungere al riconoscimento del provvedimento amministrativo conseguente, vale a dire il permesso di soggiorno¹⁰¹. Questo rappresenterebbe un ulteriore passo, che però, data la riluttanza nell'ammettere la circolazione degli atti amministrativi in materia migratoria¹⁰², con ogni probabilità richiederebbe non solo procedure uniformi, di cui, anche alla luce del nuovo regolamento procedure, gli Stati aderenti al SECA si doteranno, ma anche di permessi uniformi, sulla scorta di quanto avviene nel sistema Schengen per i visti di breve durata. Non prospettandosi tale ulteriore risultato, da considerarsi eccessivamente ambizioso, il riconoscimento dello *status* si tradurrà sempre in atti amministrativi nazionali che avranno il contenuto previsto dalle norme di trasposizione (o, secondo il nuovo regolamento, di esecuzione) e i cui effetti saranno territorialmente limitati.

Con le sentenze del 18 giugno 2024, la Corte di giustizia ha iniziato ad erodere anche questo muro, ma pur sempre in relazione a specifiche fattispecie e giungendo al risultato di riconoscere (specifici) effetti alle decisioni positive sulla base di altri principi di diritto UE. Occorre, a questo punto, che il legislatore sia pronto a seguirla.

¹⁰⁰ Parere 2/13, sopra citato, punto 191.

¹⁰¹ Parla di riconoscimento dei permessi, COM (2014) 154final, sopra citata, p. 5.

¹⁰² Sui modelli di circolazione degli atti amministrativi al di fuori dell'ambito migratorio, J. J. PERNAS GARCÍA, *op. cit.*, p. 19 ss.

Abstract (ita)

A partire da due sentenze rese dalla Grande Sezione della Corte di giustizia in data 18 giugno 2024, l'intervento intende riflettere sul tema della circolazione dello *status* di rifugiato (e di beneficiario di protezione sussidiaria) tra i paesi partecipanti al Sistema Europeo Comune di Asilo (SECA). Il tema si pone infatti in quanto nessuna norma del TFUE o di diritto derivato impone il riconoscimento del provvedimento positivo attributivo di tale *status* adottato in un altro Stato membro. Pur affermando in modo molto chiaro che, allo stato attuale del SECA, nonostante l'obiettivo indicato dall'art. 78 TFUE, l'ordinamento UE non ha ancora raggiunto l'obiettivo del riconoscimento di uno *status* uniforme valido in tutta l'Unione, tuttavia, la Corte, valorizzando il principio della mutua fiducia e la tutela dei diritti fondamentali, arriva a riconoscere al provvedimento emesso da uno Stato membro una valenza anche per gli altri paesi le cui autorità si trovassero di fronte ad una seconda domanda di protezione internazionale. Sebbene dalla giurisprudenza analizzata emerga come, all'attuale stato di sviluppo del diritto UE, la mutua fiducia non rappresenti, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, un principio autonomo, applicabile indipendentemente dalla legislazione secondaria, non può non notarsi una forte incongruenza. Infatti, il mancato raggiungimento dell'obiettivo, previsto dal diritto primario, della circolazione dello *status* di rifugiato (e di beneficiario di protezione sussidiaria) desta perplessità nell'ambito di un sistema, quale il SECA, contraddistinto da norme materiali armonizzate circa le qualifiche in presenza delle quali gli Stati sono tenuti, con atto meramente ricognitivo e non costitutivo, ad attribuire tale *status* e da una giurisprudenza della Corte di giustizia che sta, notevolmente e progressivamente, ampliando le nozioni di persecuzione, imponendo agli Stati membri il riconoscimento dello *status* a categorie sempre più ampie di soggetti.

Abstract (eng)

Starting from two judgments delivered by the Grand Chamber of the Court of Justice on 18 June 2024, this paper aims to reflect on the issue of the circulation of refugee status (and subsidiary protection status) between countries participating in the European Common Asylum System (ECAS). The issue arises because no provision of the TFEU or secondary legislation requires the recognition of a positive decision granting such status adopted in another Member State. While stating very clearly that, as the CEAS

currently stands, despite the objective set out in Article 78 TFEU, the EU legal order has not yet achieved the objective of recognising a uniform status valid throughout the Union, the Court nevertheless the Court, emphasising the principle of mutual trust and the protection of fundamental rights, recognises that a measure issued by one Member State also has value for other countries whose authorities are faced with a second application for international protection. Although it emerges from the case law analysed that, at the current stage of development of EU law, mutual trust does not constitute an autonomous principle within the area of freedom, security and justice that is applicable independently of secondary legislation, a serious inconsistency cannot be overlooked. Indeed, the failure to achieve the objective, laid down in primary law, of the circulation of refugee status (and of beneficiaries of subsidiary protection) raises concerns in a system such as the SECA, characterised by harmonised substantive rules on the qualifications in the presence of which States are required, by a purely declaratory and non-constitutive act, to grant that *status*, and by the case law of the Court of Justice, which is significantly and progressively broadening the concepts of persecution, requiring Member States to recognise that *status* to increasingly broad categories of persons.

LA NUOVA DIMENSIONE ESTERNA DELLA POLITICA
DI IMMIGRAZIONE E ASILO DELL'UNIONE EUROPEA:
DALLA COLLABORAZIONE BILATERALE AI MECCANISMI
UNILATERALI DI PRESSIONE

Martina Previatello*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La dimensione esterna della politica di immigrazione e asilo dell'Unione europea alla luce del Patto. – 3. Le difficoltà sottese alla cooperazione bilaterale in materia di riammissione. – 4. Gli strumenti unilaterali di pressione verso i Paesi terzi i cui cittadini sono soggetti all'obbligo del visto: il meccanismo previsto dall'art. 25 *bis* CDV. – 5. *Segue*: gli strumenti unilaterali di pressione verso i Paesi terzi i cui cittadini sono esenti dall'obbligo del visto. Il meccanismo di sospensione dell'esenzione dal visto. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il 22 maggio 2024 sono stati pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* i dieci atti legislativi di cui si compone il Patto sulla migrazione e l'asilo¹. Si tratta di una riforma epocale, che introduce innovazioni importanti nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea².

Il presente lavoro intende esaminare un aspetto specifico della riforma. In particolare, esso si concentra sulle novità relative alla dimensione esterna

* Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Trieste. Il presente scritto riflette la relazione presentata nell'ambito del seminario annuale del Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo di AISDUE, "Patto immigrazione e asilo: dalle nuove regole alla sfida dell'attuazione", svoltosi presso l'Università di Verona in data 6 dicembre 2024.

¹ Per un'analisi della nuova disciplina nel suo complesso v. F. SPITALERI, *La grande riforma del diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea: un'analisi d'insieme nella prospettiva dei rapporti tra ordinamenti*, in *EJ*, n. 1, 2025, p. 255 ss.; S. PEERS, *The New EU Asylum Laws: Taking Rights Half-Seriously*, in *YEL*, 2024, p. 1 ss.; A. DI PASCALE, *Pubblicati gli atti che compongono il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *EJ*, 27 maggio 2024, disponibile *online*. Per un esame dei singoli atti legislativi v. i contributi raccolti in questa *Rivista*, fasc. speciale n. 4, 2024, (a cura di) G. MORGESE, nonché la serie di *blogpost* (a cura di) E. TSOURDI, D. THYM, I. GOLDNER LANG, C. WARIN, dal titolo *Special Collection on the EU Asylum and Migration Legislation after the Pact*, pubblicata su eumigrationlaw.eu nel 2024 e disponibile *online*.

² In questi termini v. F. SPITALERI, *op. cit.*, p. 258.

della politica migratoria dell'Unione europea³, allo scopo di mettere in luce la tendenza dell'Unione a “unilateralizzare” il settore in questione, ossia a ricorrere sempre più a strumenti unilaterali di pressione che si aggiungono o, talvolta, si sostituiscono agli strumenti bilaterali esistenti. A tal fine, la politica di riammissione dell'Unione è utilizzata come “caso studio”, poiché essa esemplifica in modo particolarmente evidente l'evoluzione in discorso.

Per raggiungere l'obiettivo proposto, il contributo è strutturato come segue. Il par. 2 prenderà in considerazione gli aspetti relativi alla dimensione esterna della politica migratoria dell'Unione, quali risultano dai vari atti di cui si compone la riforma. Come si dirà, da essi emerge, da un lato, che la politica di riammissione continua a rivestire un'importanza centrale per il settore in esame e, dall'altro, che per migliorare la cooperazione con i Paesi terzi in quest'ambito occorre servirsi di meccanismi unilaterali di pressione anziché, come in passato, di strumenti bilaterali. Le ragioni di tale cambio di paradigma saranno espone nel par. 3, dove si evidenzieranno le difficoltà che l'Unione incontra quando negozia gli accordi di riammissione e si ricorderanno le diverse strategie, consistenti nell'adozione di strumenti bilaterali, che essa ha elaborato per superare queste difficoltà. In seguito, ci si soffermerà sugli strumenti unilaterali utilizzati dall'Unione per raggiungere un maggior grado di cooperazione dei Paesi terzi in materia di riammissione. In particolare, il par. 4 sarà dedicato al meccanismo di cui all'art. 25 *bis* CDV, che l'Unione può attivare nei confronti dei Paesi terzi i cui cittadini sono soggetti all'obbligo del visto. Il par. 5 si occuperà poi del meccanismo di sospensione dell'esenzione dal visto, attivabile nei confronti dei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti dall'obbligo di visto. Verranno messe in evidenza le differenze tra i due strumenti considerati. Infine, nel par. 6 saranno tratte le dovute conclusioni.

³ Sul tema v. in dottrina M. C. CARTA, *La dimensione esterna della politica migratoria dell'Unione europea. Nuovo Patto: sempre più verso gli accordi e i “non-accordi” di esternalizzazione dei controlli e delle responsabilità*, in questa Rivista, n. 4, 2024, p. 519 ss.; A. DE LEO, E. MILAZZO, *Responsibility-sharing or shifting? Implications of the New Pact for Future EU Cooperation with Third Countries*, in E. TSOURDI, A. NEIDHARDT, H. HAHN (eds.), *From Compromise to Implementation: a New Era for EU Migration Policy?*, Bruxelles, 2024, p. 77 ss.; P. GARCÍA ANDRADE, *Cooperation with Third Countries within the EU Legislative Reform on Migration and Asylum*, in eumigrationlawblog.eu, 9 September 2024, disponibile online; P. GARCÍA ANDRADE, *EU Cooperation with Third Countries within the New Pact on Migration and Asylum: New Instruments for a ‘Change of Paradigm’?*, in D. THYM ET AL. (eds.), *Reforming the Common European Asylum System. Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Baden-Baden, 2022, p. 223 ss.

2. *La dimensione esterna della politica di immigrazione e asilo dell'Unione europea alla luce del Patto*

Preliminarmente, è interessante osservare che nessuno degli atti di cui si compone la riforma si occupa specificamente della dimensione esterna della politica di immigrazione e asilo dell'Unione europea. Le poche disposizioni dedicate alle relazioni esterne sono disseminate, in maniera piuttosto disorganica, in diversi regolamenti e la loro portata risulta piuttosto oscura.

In particolare, alcuni riferimenti agli accordi internazionali che l'Unione può concludere in questo settore si rinvencono, da un lato, all'art. 59 del regolamento 2024/1348 e, dall'altro, agli artt. 13 e 14 del regolamento 2024/1351⁴.

La prima disposizione definisce la nozione di Paese terzo sicuro: com'è noto, nel caso in cui l'autorità competente per l'esame delle domande di protezione internazionale accerti la provenienza del richiedente da un Paese terzo sicuro, essa può dichiarare inammissibile la domanda e rigettarla senza esame nel merito⁵. Orbene, per quanto qui più interessa, l'art. 59, par. 7, del regolamento 2024/1348, stabilisce che il concetto di Paese terzo sicuro può essere applicato nel caso in cui «l'Unione e un paese terzo abbiano raggiunto congiuntamente un accordo, a norma dell'articolo 218 TFUE, sul fatto che i migranti ammessi ai sensi di tale accordo saranno protetti conformemente alle norme internazionali in materia e nel pieno rispetto del principio di non respingimento». In presenza di un simile accordo, l'autorità competente per

⁴ V. regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE e regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060 e che abroga il regolamento (UE) n. 604/2013. Per un commento a questi atti v. rispettivamente L. MARIN, *La riforma del regolamento "procedure" ed il suo impatto sul diritto di asilo: degli effetti della forma sulla sostanza*, in questa Rivista, n. 4, 2024, p. 305 ss.; P. DE PASQUALE, *Pensare al futuro, restando ancorati al passato: riflessioni sulla determinazione dello Stato competente alla luce del regolamento 2024/1351*, *ivi*, p. 115 ss.

⁵ Sulla nozione di Paese terzo sicuro v. S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 143 ss.; L. F. FREIER, E. KARAGEORGIOU, K. OGG, *The Evolution of Safe Third Country Law and Practice*, in C. COSTELLO, M. FOSTER, J. McADAM, *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford, 2021, p. 518 ss.; J. VEDSTED HANSEN, *Asylum Procedures Directive 2013/32/EU*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, München, 2016, p. 1284 ss., spec. p. 1361 ss.; F. CHERUBINI, *Asylum Law in the European Union*, Abingdon, 2015, p. 82 ss.

l'esame delle domande di protezione internazionale può quindi presumere la provenienza del richiedente da un Paese terzo sicuro e, di conseguenza, dichiarare inammissibile la sua domanda senza esaminarla nel merito. Con la precisazione che si tratta di una presunzione relativa: se il richiedente dimostra che tra questi e il Paese terzo in questione non sussiste un legame «in virtù del quale sarebbe ragionevole che vi si recasse» il concetto di Paese terzo sicuro non può trovare applicazione. Del pari, quest'ultimo non si applica nel caso in cui il richiedente provi che il Paese terzo interessato non è per lui sicuro a motivo di determinate circostanze personali⁶.

In assenza di ulteriori indicazioni in merito⁷, si potrebbe ritenere che la disposizione citata attribuisca all'Unione il potere di concludere accordi internazionali che istituiscono un sistema di “protezione altrove”: in virtù di simili accordi, le competenti autorità dei Paesi partner sarebbero obbligate a esaminare nel merito le domande in precedenza rigettate per inammissibilità dalle competenti autorità degli Stati membri e – laddove sussistano i presupposti previsti dalla rispettiva legislazione nazionale – a riconoscere protezione internazionale ai richiedenti⁸. Con la precisazione che, come detto, questa possibilità è subordinata alla sussistenza di un “legame ragionevole” tra il richiedente e il Paese terzo in questione⁹.

⁶ V. art. 59, parr. 5 e 7, del regolamento 2024/1348.

⁷ L'unico ulteriore riferimento a questa categoria di accordi si rinviene nel considerando n. 49 del regolamento 2024/1348, il quale chiarisce che «la presunzione di sicurezza riguardo ai paesi terzi con i quali sono stati conclusi accordi del tipo di cui al presente regolamento non si applica nel caso in cui tali accordi siano sospesi» ai sensi dell'art. 218, par. 9, TFUE. Si noti che la proposta di regolamento presentata dalla Commissione non conteneva alcun riferimento a questo tipo di accordi: v. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2016, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM (2016) 467final.

⁸ Per una diversa interpretazione di questa disposizione v. P. GARCÍA ANDRADE, *Cooperation with Third Countries within the EU Legislative Reform on Migration and Asylum*, cit., secondo cui essa farebbe riferimento agli accordi di riammissione conclusi dall'Unione che prevedono l'obbligo di riammettere i cittadini di Paesi terzi.

⁹ A questo riguardo, si noti che il requisito del “legame ragionevole” è attualmente oggetto di revisione: v. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2025, che modifica il regolamento (UE) 2024/1348 per quanto riguarda l'applicazione del concetto di “paese terzo sicuro”, COM (2025) 259final. In particolare, stando alla proposta in questione, gli Stati membri non sono più tenuti a condizionare l'applicazione della nozione di Paese terzo sicuro all'esistenza di un “legame ragionevole”, bensì hanno la facoltà di subordinarla all'esistenza di tre situazioni tra loro alternative: *i*) l'esistenza di un “legame” tra il richiedente e il Paese terzo in questione, definito dal diritto nazionale in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia; *ii*) il transito del richiedente

Stando alla ricostruzione proposta, l'art. 59, par. 7, del regolamento 2024/1348 attribuirebbe, seppur implicitamente, all'Unione il potere di concludere una nuova tipologia di accordi internazionali nel settore dell'asilo. Questa tesi sembra trovare conferma nella proposta di modifica del regolamento 2024/1348 per quanto riguarda il concetto di Paese terzo sicuro recentemente presentata dalla Commissione: essa si riferisce agli accordi in questione con l'espressione «accord[i] di paese terzo sicuro»¹⁰.

Per quanto riguarda poi gli artt. 13 e 14 del regolamento 2024/1351, essi disciplinano l'istituzione di appositi forum dell'Unione, composti da rappresentanti degli Stati membri, volti a garantire l'efficace attuazione del meccanismo di solidarietà previsto dal regolamento stesso¹¹. Tali disposizioni precisano che «i paesi terzi che hanno concluso con l'Unione un accordo sui criteri e i meccanismi per determinare lo Stato competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale formalizzata in uno Stato membro o nel paese terzo in questione possono, al fine di contribuire alla solidarietà su base ad hoc, essere invitati a partecipare al forum»¹².

Nemmeno su tale categoria di accordi la riforma fornisce ulteriori precisazioni. Senza pretendere in questa sede di risolvere i dubbi sollevati dalle disposizioni in esame, possiamo limitarci a rilevare quanto segue.

Innanzitutto, a differenza dell'art. 59, par. 7, del regolamento 2024/1348, gli artt. 13 e 14 del regolamento 2024/1351 non si riferiscono espressamente ad accordi internazionali, né precisano che la procedura da seguire per la loro conclusione è quella prevista dall'art. 218 TFUE. Pertanto, sembra ragionevole nutrire delle perplessità in merito alla natura giuridica di questi strumenti.

Inoltre, anche supponendo che si tratti di veri e propri accordi internazionali, le disposizioni in questione non consentono di stabilirne con certezza il contenuto: sulla base dell'interpretazione letterale, sembrerebbe trattarsi di accordi volti a stabilire i criteri da utilizzare per determinare quale

nel Paese terzo interessato; *iii*) in assenza di “legame” e di transito, «quando esiste un accordo o un'intesa con un paese terzo sicuro che prevede l'esame nel merito delle richieste di protezione effettiva presentate dai richiedenti interessati da tale accordo o intesa».

¹⁰ V. COM (2025) 259final, cit., p. 2.

¹¹ Su tale meccanismo v. in dottrina F. BUONOMENNA, *Misure di solidarietà e questioni di effettività nella disciplina contenuta nel regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione*, in questa *Rivista*, p. 139 ss., spec. p. 157 ss.; F. MAIANI, *The new Solidarity Mechanism: the Right “Insurance Scheme” for the CEAS?*, in *eumigrationlawblog*, 27 August 2024, disponibile online.

¹² V. rispettivamente l'art. 13, par. 1, secondo comma, e l'art. 14, par. 3, del regolamento 2024/1351.

Stato è competente ad esaminare le domande di protezione internazionale presentate dai richiedenti alternativamente presso le autorità degli Stati membri o dei Paesi partner.

Le disposizioni in esame si riferiscono, in generale, allo “Stato competente”, senza specificare se si tratta di uno Stato membro o del Paese partner: per questo motivo, sembra corretto ritenere che simili accordi possano, in astratto, individuare come Stato competente per l’esame delle domande di protezione internazionale tanto uno Stato membro quanto il Paese terzo con cui l’Unione ha concluso l’accordo.

Accanto a dette previsioni, la riforma contiene anche un esplicito riferimento agli strumenti bilaterali non vincolanti: si tratta dell’art. 5 del regolamento 2024/1351, il quale dispone che «l’Unione e gli Stati membri, nell’ambito delle rispettive competenze, promuovono e instaurano partenariati mirati e reciprocamente vantaggiosi, nel pieno rispetto del diritto internazionale e dell’Unione e sulla base del pieno rispetto dei diritti umani, e favoriscono una stretta cooperazione con i paesi terzi interessati a livello bilaterale, regionale, multilaterale e internazionale». Tale disposizione elenca una serie di finalità che simili partenariati possono perseguire: tra esse figurano, ad esempio, la promozione della migrazione legale, il sostegno ai Paesi terzi che ospitano un gran numero di migranti e persone bisognose di protezione internazionale, la prevenzione dell’immigrazione irregolare, il contrasto alla tratta di esseri umani e il miglioramento della politica di riammissione. In tal modo, la disposizione citata codifica e incentiva la prassi dell’Unione e degli Stati membri di adottare strumenti non vincolanti per gestire il fenomeno migratorio¹³⁻¹⁴.

¹³ In dottrina, v’è chi ritiene che l’inserimento di tale disposizione nel regolamento 2024/1351 comporta un obbligo giuridico per l’Unione europea e per i suoi Stati membri di sviluppare la dimensione esterna della politica di immigrazione e asilo attraverso l’adozione di simili partenariati, il che era in precedenza rimesso alla volontà politica dell’Unione e degli Stati membri: in tal senso v. P. GARCÍA ANDRADE, *Cooperation with Third Countries within the EU Legislative Reform on Migration and Asylum*, cit.

¹⁴ Su questa prassi e sulle criticità da essa sollevate v. in dottrina V. E. FRASCA, E. ROMAN, *The Informalisation of EU Readmission Policy: Eclipsing Human Rights Protection Under the Shadow of Informality and Conditionality*, in EP, n. 2, 2023, p. 931 ss.; MORENO-LAX, *The Informalisation of the External Dimension of EU Asylum Policy: the Hard Implications of Soft Law*, in P. DE BRUYCKER, E. TSOURDI (eds.), *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Cheltenham, 2022, p. 282 ss.; P. GARCÍA ANDRADE, *The External Dimension of EU Migration Policy: the Legal Framing of Building Partnerships with Third Countries*, in P. DE BRUYCKER, E. TSOURDI (eds.), *op. cit.*, p. 365 ss., spec. p. 380 ss.; A. OTT, *Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges*, in YEL, n. 1, 2020, p.

Al fine di valutare l'evoluzione della dimensione esterna della politica di immigrazione e asilo dell'Unione alla luce del Patto, è poi opportuno analizzare il piano di attuazione comune dello stesso, contenuto nell'omonima comunicazione adottata dalla Commissione nel giugno 2024¹⁵.

Com'è noto, il piano di attuazione comune indica agli Stati membri, alle istituzioni e alle agenzie dell'Unione gli adempimenti da adottare in vista dell'entrata in vigore della riforma. A tal fine, la comunicazione raggruppa gli obblighi derivanti dai vari atti di cui si compone il Patto in dieci elementi costitutivi. È interessante notare che la dimensione esterna della politica di immigrazione e asilo dell'Unione non costituisce uno di questi elementi. Cionondimeno, ad essa è dedicata un'apposita sezione del piano: ciò significa che l'azione esterna dell'Unione nel settore in esame è concepita come uno strumento trasversale, necessario a garantire l'efficace attuazione della riforma¹⁶.

Un altro aspetto rilevante del piano di attuazione comune concerne gli strumenti utilizzati per condurre le relazioni esterne dell'Unione in materia migratoria. A tal riguardo, sorprende soprattutto l'assenza di qualsiasi riferimento agli accordi internazionali, cui fa da contraltare l'importanza attribuita agli strumenti non vincolanti che mirano ad instaurare forme di dialogo politico tra le Parti. La Commissione fa rientrare in quest'ultima categoria i partenariati globali e strategici adottati dall'Unione con la Tunisia, la Mauritania e l'Egitto¹⁷⁻¹⁸.

569 ss.; J. SANTOS VARA, *Soft International Agreements on Migration Cooperation with Third Countries: a Challenge to Democratic and Judicial Controls in the EU*, in S. CARRERA, J. SANTOS VARA, T. STRIK (eds.), *Constitutionalizing the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis: Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Cheltenham, 2019, p. 21 ss.; J. P. CASSARINO, *Informalizing EU Readmission Policy*, in A. RIPOLL SERVANT, F. TRAUNER (eds.), *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research*, Abingdon, 2018, p. 83 ss.

¹⁵ V. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato del regolamento, del 12 giugno 2024, Piano di attuazione comune del patto sulla migrazione e l'asilo, COM (2024) 251final.

¹⁶ *Ivi*, p. 53, in cui si legge che «le azioni sulla dimensione esterna della migrazione non sono legate agli elementi costitutivi specifici del piano di attuazione comune. Tuttavia una forte cooperazione dell'UE con i paesi terzi di origine e di transito, alcuni dei quali ospitano ampie comunità di migranti e rifugiati, sarà importante ai fini della sostenibilità del patto».

¹⁷ COM (2024) 251final, p. 54.

¹⁸ Su questi strumenti v. in dottrina M. C. CARTA, *op. cit.*, p. 535 ss. Sul partenariato con la Tunisia v. inoltre F. BATTAGLIA, *Il Memorandum of understanding UE-Tunisia: profili giuridici e impatto sui diritti umani*, in questa Rivista, n. 2, 2024, p. 301 ss.; P. GARCÍA ANDRADE, E. FRASCA, *The Memorandum of Understanding between the EU and Tunisia: Issues of Procedure*

Infine, l'ultimo profilo del piano di attuazione che è opportuno valorizzare ai fini della presente trattazione concerne gli obiettivi che la dimensione esterna della politica migratoria dell'Unione deve perseguire.

Orbene, dalla comunicazione in esame emerge che la riammissione delle persone irregolarmente presenti sul territorio degli Stati membri continua a rivestire un'importanza fondamentale nell'ambito della dimensione esterna della politica di immigrazione e asilo dell'Unione.

Il piano di attuazione non contiene, però, alcun riferimento agli strumenti bilaterali di cooperazione da utilizzare a tal fine: nella specie, non si menzionano né gli accordi di riammissione che l'Unione stipula con i Paesi terzi ai sensi dell'art. 79, par. 3, TFUE, né le intese informali di riammissione, vale a dire gli strumenti bilaterali non vincolanti che la Commissione firma con quei Paesi terzi che, seppur non disposti ad assumersi veri e propri obblighi di riammissione, si impegnano sul piano politico a riammettere i propri cittadini che si trovano irregolarmente sul territorio degli Stati membri.

Secondo la Commissione, al fine di agevolare la riammissione, occorre far leva sui meccanismi unilaterali e, in particolare, sullo strumento previsto dall'art. 25 *bis* del regolamento 810/2009¹⁹ (in seguito anche: Codice dei Visti o CDV), che consente all'Unione di adattare le condizioni per il rilascio dei visti di ingresso e soggiorno di breve durata nell'area Schengen al grado di cooperazione prestato dai Paesi terzi in materia di riammissione²⁰. Le ragioni della tendenza dell'Unione a "unilateralizzare" la dimensione esterna della politica migratoria – ossia a ricorrere sempre più a strumenti unilaterali di pressione che si aggiungono o, talvolta, si sostituiscono agli strumenti bilaterali esistenti – saranno esaminate nel paragrafo seguente.

and Substance on the Informalisation of Migration Cooperation, in *eumigrationlawblog.eu*, 26 January 2024, disponibile *online*; T. STRIK, R. ROBBESOM, *Compliance or Complicity? An Analysis of the EU-Tunisia Deal in the Context of the Externalisation of Migration Control*, in *Netherlands International Law Review*, n. 1, 2024, p. 199 ss.

¹⁹ 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). Per un'analisi complessiva del regolamento v. E. GUILD, M. GRUNDLER, *The EU Visa Policy: to Deter and to Facilitate*, in P. DE BRUYCKER, E. TSOURDI (eds.), *op. cit.*, p. 390 ss., spec. p. 395 ss.; A. MELONI, *Visa Code Regulation (EC) No 810/2009*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *op. cit.*, p. 116 ss.

²⁰ V. COM (2024) 251final, pp. 55-56.

3. *Le difficoltà sottese alla cooperazione bilaterale in materia di riammissione*

Gli accordi di riammissione rappresentano lo strumento tipico con cui l'Unione europea coopera con i Paesi terzi in materia di riammissione: si tratta di accordi internazionali da essa stipulati secondo la procedura prevista dall'art. 218 TFUE. Tali accordi mirano a facilitare la collaborazione dei Paesi terzi di origine o di transito nel rimpatrio delle persone che si trovano irregolarmente sul territorio di uno Stato membro. Essi disciplinano le modalità tecnico-operative della riammissione²¹.

Questi accordi si rivelano di grande utilità nei casi in cui lo straniero da espellere non può essere identificato perché non dispone di documenti o li ha occultati: in simili casi la riammissione è possibile solo se le autorità del Paese terzo di destinazione collaborano nell'identificazione del soggetto e accettano di riammetterlo sul loro territorio.

L'Unione incontra spesso delle difficoltà nella negoziazione e nella conclusione degli accordi di riammissione. Infatti, l'opinione pubblica dei Paesi partner è fortemente ostile alla stipulazione di tali accordi: l'emigrazione è considerata da questi Paesi un mezzo per diminuire il livello di disoccupazione interna e, al contempo, per favorire l'economia nazionale, che in molti casi beneficia ampiamente delle rimesse degli espatriati²².

Per superare queste difficoltà, l'Unione ha elaborato nel tempo diverse strategie²³; tuttavia, come si dirà, esse non si sono sempre rivelate efficaci.

²¹ Sugli accordi di riammissione conclusi dall'Unione europea v. *ex multis* S. AMADEO, F. SPITALERI, *op. cit.*, p. 430 ss.; I. OTTAVIANO, *Gli accordi di riammissione dell'Unione europea*, in F. CHERUBINI (a cura di), *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, 2015, p. 99 ss.; M. GIUFFRÉ, *Obligation to Readmit? The Relationship between Interstate and EU Readmission Agreements*, in F. IPPOLITO, S. TREVISANUT (eds.), *Migration in the Mediterranean. Mechanisms of International Cooperation*, Cambridge, 2015, p. 263 ss., spec. p. 279 ss.; G. CELLAMARE, *Gli accordi di riammissione dell'Unione europea*, in *SIE*, n. 2, 2010, p. 369 ss.; N. COLEMAN, *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden, 2008; A. ROIG, T. HUDDLESTON, *EC Readmission Agreements: A Re-evaluation of the Political Impasse*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 3, 2007, p. 363 ss.; D. BOUTILLET-PAQUET, *Passing the Buck: a Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and its Member States*, *ivi*, n. 5, 2003, p. 359 ss.

²² V. relazione speciale della Corte dei Conti europea n. 17 del 2021, La cooperazione dell'UE con i paesi terzi in materia di riammissione: azioni pertinenti hanno prodotto risultati limitati, punto 39. Sul punto v. anche J. P. CASSARINO, *Readmission, Visa Policy and the "Return Sponsorship" Puzzle in the New Pact on Migration and Asylum*, in *ADiM Blog*, November 2020, disponibile online, p. 4.

²³ In argomento v. S. WOLFF, *The Politics of Negotiating EU Readmission Agreements:*

La prima consiste nell'inserire delle clausole di riammissione all'interno di accordi internazionali di più ampia portata, quali accordi di associazione e di cooperazione conclusi dall'Unione europea (e dai suoi Stati membri) con i Paesi terzi al fine di istituire una relazione privilegiata fra le Parti coinvolte²⁴⁻²⁵. Nella maggior parte dei casi, simili clausole prevedono, da un lato, l'obbligo reciproco per le Parti di riammettere i propri cittadini su richiesta di una delle Parti e senza ulteriori formalità e, dall'altro, l'impegno a concludere successivi accordi per disciplinare nel dettaglio tanto la riammissione dei propri cittadini quanto quella dei cittadini di Paesi terzi e apolidi.

Le clausole in questione mirano ad incentivare la conclusione di accordi di riammissione sulla base dell'impegno a stipulare in esse contenuto. Tuttavia, non sempre quest'obiettivo è stato raggiunto: infatti, spesso i negoziati sono entrati in una fase di stallo, dovuta allo scarso interesse dei Paesi terzi di origine e di transito per simili accordi²⁶⁻²⁷.

In altri casi, l'Unione ha adottato una diversa strategia, consistente nella negoziazione parallela di accordi di riammissione e di accordi di facilitazione

Insights from Morocco and Turkey, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2014, p. 69 ss.

²⁴ Accordi di dialogo politico e di cooperazione che contengono un capo dedicato alla migrazione con disposizioni specifiche in materia di riammissione sono stati conclusi dall'Unione europea con i seguenti Paesi terzi: Canada, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama, Cuba, Tagikistan, Uzbekistan, Iraq, Vietnam, Indonesia, Nuova Zelanda, Kazakistan e Malaysia: v. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 10 febbraio 2021, *Rafforzare la cooperazione in materia di rimpatrio e riammissione nell'ambito di una politica migratoria dell'UE equa, efficace e globale*, COM (2021) 56final, p. 7, nota 14.

²⁵ Su questa prassi v. in dottrina T. MOLNÁR, *EU Readmission Policy: a (Shapeshifter) Technical Toolkit or Challenge to Rights Compliance?*, in P. DE BRUYCKER, E. TSOURDI (eds.), *op. cit.*, p. 486 ss., spec. p. 493 s.; G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, Torino, 2021, p. 135 ss.; N. COLEMAN, *op. cit.*, p. 211 ss.

²⁶ In tal senso v. N. COLEMAN, *op. cit.*, p. 218 ss. Si pensi al caso dell'Algeria, con la quale l'Unione aveva siglato nel 2002 un accordo di associazione euromediterraneo contenente una clausola di riammissione, ma ad oggi i negoziati per la conclusione di un accordo di riammissione non risultano ancora aperti.

²⁷ Tra le soluzioni elaborate per risolvere questo problema, v'è quella consistente nel rendere più dettagliate e direttamente applicabili le clausole di riammissione, com'è avvenuto di recente nel caso dell'accordo di Samoa, che ha sostituito il precedente accordo di Cotonou: la nuova clausola non contiene più meri obblighi a contrarre, ma veri e propri obblighi di riammissione: v. l'art. 74 dell'accordo di partenariato tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e i membri dell'Organizzazione degli Stati dell'Africa dei Caraibi e del Pacifico, dall'altra (c.d. accordo di Samoa), nonché l'allegato I all'accordo.

del rilascio dei visti: tale approccio consiste nell'offrire ai Paesi terzi la conclusione di accordi di facilitazione del rilascio dei visti "in contropartita" rispetto alla stipulazione degli accordi di riammissione, al fine di incentivare i Paesi terzi a cooperare in questa materia²⁸. Gli accordi di facilitazione del rilascio dei visti prevedono condizioni per il trattamento delle domande di visto più favorevoli rispetto alla disciplina generale dettata dal CDV e sono stipulati con quei Paesi terzi i cui cittadini sono soggetti all'obbligo del visto per l'ingresso e il soggiorno di breve durata nello spazio Schengen ai sensi dell'allegato I al regolamento 2018/1806²⁹⁻³⁰.

La strategia in parola presenta dei limiti. Innanzitutto, come risulta dall'approccio comune sulla facilitazione per il rilascio dei visti predisposto dal Consiglio nel 2005³¹, essa non può essere adottata nei confronti di qualsivoglia Paese terzo, ma dev'essere riservata ai soli partner che non pongono seri problemi dal punto di vista dell'immigrazione irregolare e ai Paesi riguardati dalle politiche di allargamento e di vicinato³²⁻³³.

²⁸ Su questa strategia v. J. GROMOV, *EC Visa Facilitation Agreements and Readmission Agreements – State of Play and Future Perspectives*, in P. DE BRUYCKER, M. C. FOBLETS, M. MAES (eds.), *External Dimensions of European Migration and Asylum Law and Policy*, Bruxelles, 2011, p. 221 ss.; F. TRAUNER, I. KRUSE, *EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: a New Standard EU Foreign Policy Tool?*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 4, 2008, p. 411 ss.; A. ROIG, T. HUDDLESTON, *op. cit.*, p. 375 ss.

²⁹ Regolamento (UE) 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 frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo (codificazione). Questo regolamento costituisce la codificazione del precedente regolamento 539/2001, su cui v. in dottrina S. PEERS, E. GUILD, J. TOMKIN (eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition. Volume 1: Visas and Border Controls*, Leiden, 2012, p. 223 ss.

³⁰ Sugli accordi di facilitazione del rilascio dei visti v. S. AMADEO, F. SPITALERI, *op. cit.*, p. 438 ss.; S. PEERS, E. GUILD, J. TOMKIN (eds.), *op. cit.*, p. 315 ss.

³¹ V. Council of the European Union, 21 December 2005, Note from Permanent Representatives Committee to Delegations, *Common approach on visa facilitation*, doc n. 16030/05.

³² In tal senso, v. E. GUILD, M. GRUNDLER, *op. cit.*, p. 391. Dal canto suo, anche la Commissione ha riconosciuto la portata limitata di questo approccio, affermando che «è improbabile che l'UE possa offrire una facilitazione del rilascio dei visti a paesi terzi da cui provengono molti migranti irregolari e che costituiscono pertanto un rischio dal punto di vista migratorio»: v. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 9 settembre 2015, *Piano d'azione dell'UE sul rimpatrio*, COM (2015) 453final, p. 16.

³³ In ottemperanza a questa indicazione, nei primi anni 2000 l'Unione ha negoziato e concluso parallelamente accordi di riammissione e accordi di facilitazione del rilascio dei

Inoltre, va detto che negli ultimi anni questo approccio ha subito una battuta d'arresto, dovuta verosimilmente al fatto che le condizioni agevolate per il rilascio dei visti previste dagli appositi accordi non rappresentano un incentivo tale da indurre i Paesi partner a migliorare la cooperazione in materia di riammissione³⁴. Ciò è ancor più vero se si considera che il regolamento 2019/1155³⁵ ha modificato la disciplina prevista dal regolamento 810/2009, introducendo delle disposizioni che semplificano maggiormente la procedura di rilascio dei visti di breve durata rispetto al regime previgente³⁶. In seguito alla riforma, le agevolazioni contenute negli accordi di facilitazione del rilascio dei visti non sono poi così notevoli rispetto alla disciplina dettata in via generale dal Codice dei Visti. Orbene, se intendessero continuare ad adottare la strategia in esame, le Istituzioni dovrebbero tenere conto di tali aspetti nella stipulazione degli accordi di facilitazione del rilascio dei visti³⁷.

Tuttavia, non è detto che questa sia la direzione che s'intende seguire. Invero, la stessa Unione europea è talvolta restia a concludere gli accordi di facilitazione del rilascio dei visti, considerati un pericolo per la sicurezza dell'Unione, soprattutto sotto il profilo dell'immigrazione irregolare. In altre parole, dal momento che tali strumenti semplificano le procedure per l'ottenimento dei visti, si teme che essi possano causare l'aumento dei c.d.

visti con Paesi terzi quali la Federazione russa, l'Ucraina, i Paesi dei Balcani occidentali e la Moldavia.

³⁴ In tal senso v. anche il documento di lavoro della Commissione, del 14 marzo 2018, *Impact Assessment Accompanying the document proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 810/2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code)*, SWD (2018) 77, p. 26. Nello stesso documento, peraltro, la Commissione ha precisato che non vi sono dati certi sull'efficacia di questo strumento: v. sul punto p. 31, in cui si legge «there is no hard evidence on how visa leverage can translate into better cooperation of third countries on readmission».

³⁵ Regolamento (UE) 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).

³⁶ In tal senso v. S. AMADEO, F. SPITALERI, *op. cit.*, p. 16.

³⁷ In tal senso v. anche le direttive di negoziato allegate alla raccomandazione del Consiglio che autorizza l'avvio dei negoziati per la modifica dell'accordo di facilitazione del rilascio dei visti concluso dall'Unione con Capo Verde: v. allegato della raccomandazione di decisione del Consiglio, del 13 settembre 2019, che autorizza l'avvio di negoziati per la conclusione di un accordo tra l'Unione europea e la Repubblica del Capo Verde che modifica l'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica del Capo Verde relativo alla facilitazione del rilascio dei visti per soggiorni di breve durata a cittadini della Repubblica del Capo Verde e dell'Unione europea, COM (2019) 417final.

visa overstayers, ossia coloro che permangono senza titolo sul territorio dell'Unione dopo la scadenza del visto.

In ultima analisi, la scarsa attrattività degli accordi di facilitazione del rilascio dei visti per i Paesi terzi, unitamente alla riluttanza dell'Unione a stipularne di nuovi e a modificare, in termini più favorevoli, quelli esistenti, hanno portato le Istituzioni ad elaborare ulteriori strategie per migliorare la cooperazione dei Paesi terzi in materia di riammissione.

Una di queste consiste nell'adozione di intese informali di riammissione con quei Paesi terzi di origine dei flussi migratori che, seppure non disposti ad avviare con l'Unione i negoziati per la stipulazione di veri e propri accordi internazionali, intendono nondimeno impegnarsi con essa – sul piano politico e attraverso forme di cooperazione operativa – a riammettere i propri cittadini³⁸.

L'Unione europea ha finora concluso sei intese in materia di riammissione con i seguenti Paesi terzi: Afghanistan, Gambia, Guinea, Bangladesh, Etiopia e Costa d'Avorio.

La funzione e, in alcuni casi, anche il contenuto di queste intese, sono analoghi a quelli degli accordi di riammissione, salvo per il fatto che, mentre le prime si limitano a prevedere la riammissione dei propri cittadini, i secondi

³⁸ Sulle intese informali dell'Unione europea in materia di riammissione e sulle criticità da esse sollevate sotto il profilo del rispetto dei vincoli derivanti dal diritto primario v. in dottrina E. FERNANDO-GONZALO, *The EU's Informal Readmission Agreements with Third Countries on Migration: Effectiveness over Principles?*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2023, p. 83 ss.; C. MOLINARI, *EU Readmission Deals and Constitutional Allocation of Powers: Parallel Paths that Need to Cross?*, in E. KASSOTI, N. IDRIZ (eds.), *The Informalisation of the EU's External Action in the Field of Migration and Asylum*, The Hague, 2022, p. 15 ss.; T. MOLNÁR, *op. cit.*, p. 494 s.; F. CASOLARI, *The Unbearable 'Lightness' of Soft Law: on the European Union's Recourse to Informal Instruments in the Fight against Irregular Immigration*, in F. IPPOLITO, G. BORZONI, F. CASOLARI (eds.), *Bilateral Relations in the Mediterranean*, Cheltenham, 2020, p. 215 ss.; J. SANTOS VARA, *Soft International Agreements on Migration Cooperation with Third Countries: a Challenge to Democratic and Judicial Controls in the EU*, in S. CARRERA, J. SANTOS VARA, T. STRIK (eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis. Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Cheltenham, 2019, p. 21 ss.; S. CARRERA, *On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangement as Intersecting Policy Universes*, in S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. PANIZZON, D. KOSTAKOPOULOU (eds.), *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, Leiden, 2019, p. 21 ss.; K. EISELE, *The EU's Readmission Policy: of Agreements and Arrangements*, in S. CARRERA, J. SANTOS VARA, T. STRIK (eds.), *op. cit.*, p. 135 ss.; C. WARIN, Z. ZHEKOVA, *The Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU: EU external policy and the recourse to non-binding law*, in *Cambridge International Law Journal*, n. 2, 2017, p. 143 ss.

impongono, a certe condizioni, anche la riammissione dei cittadini di Paesi terzi e degli apolidi.

Inoltre, a differenza degli accordi di riammissione, le intese informali contengono una clausola volta a precisare che tali strumenti non costituiscono accordi internazionali vincolanti, né intendono far sorgere in capo alle parti diritti o obblighi in base al diritto internazionale.

Un ulteriore elemento che differenzia le intese informali dagli accordi di riammissione consiste nel fatto che le prime non sono concluse secondo la procedura prevista dall'art. 218 TFUE³⁹ e non sono pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*⁴⁰: esse sono adottate dalla Commissione e, solo in certi casi, sono divulgate attraverso i siti delle Istituzioni e degli organi dell'Unione⁴¹.

Questa strategia non si è sempre rivelata efficace. Ciò è dovuto al fatto che le intese informali hanno natura politica: pertanto, l'attuazione dell'impegno a riammettere i propri cittadini in esse contenuto dipende dalla volontà politica dei Paesi terzi, senza che questi ultimi siano soggetti a un vero e proprio obbligo giuridico, a differenza di quanto accade con gli accordi di riammissione.

Le strategie sin qui richiamate si fondano su strumenti di cooperazione di carattere bilaterale: invero, tanto gli accordi internazionali quanto le intese informali presuppongono l'esistenza di uno strumento che racchiude la comune volontà delle parti. Tuttavia, come detto in apertura del presente paragrafo, spesso la volontà dei Paesi terzi di riammettere le persone che si

³⁹ Sulla procedura di stipulazione degli accordi internazionali dell'Unione europea v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2024, p. 905 ss.; M. E. BARTOLONI, *La procedura per la conclusione degli accordi internazionali*, in M. E. BARTOLONI, S. POLI (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2021, p. 57 ss.; P. KOUTRAKOS, *EU External Relations Law*, Oxford, 2015, p. 137 ss.; A. MIGNOLLI, *Commento all'art. 218 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1789 ss.; P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, 2011, p. 193 ss.

⁴⁰ La pubblicazione degli accordi internazionali e delle relative decisioni di conclusione nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* garantisce la pubblicità e il rispetto della trasparenza nelle relazioni esterne dell'Unione: in argomento v. P. LEINO, *The Principle of Transparency in EU External Relations Law: Does Diplomatic Secrecy Stand a Chance of Surviving the Age of Twitter?*, in M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford, 2018, p. 201 ss.

⁴¹ Sul tema della mancanza di pubblicità e sulle difficoltà di accesso alle intese informali dell'Unione europea in materia di riammissione sia consentito il rinvio a M. PREVIA TELLO, *L'accesso alle intese informali in materia di riammissione tra vincoli di riservatezza e obblighi di pubblicazione*, in questa *Rivista*, n. 1, 2023, p. 93 ss.

trovano irregolarmente sul territorio degli Stati membri è scarsa, quando non addirittura assente. Di qui la ridotta efficacia di questi strumenti, che ha recentemente portato le istituzioni ad elaborare meccanismi di diversa natura per migliorare la cooperazione dei Paesi terzi in materia di riammissione. In particolare, il nuovo metodo consiste nel ricorso a strumenti unilaterali che si affiancano o, in certi casi, si sostituiscono alla cooperazione bilaterale, che rappresenta la modalità tradizionale attraverso cui l'Unione europea conduce le proprie relazioni esterne.

L'esempio più rilevante di questo approccio è rappresentato dal meccanismo previsto dall'art. 25 *bis* CDV, che sarà analizzato nel dettaglio nel paragrafo seguente.

4. *Gli strumenti unilaterali di pressione verso i Paesi terzi i cui cittadini sono soggetti all'obbligo del visto: l'art. 25 bis CDV*

L'art. 25 *bis* è stato inserito nel CDV ad opera del regolamento 2019/1155, che ha apportato alcune modifiche al regolamento 810/2009. Questa disposizione, rubricata «cooperazione in materia di riammissione», consente all'Unione di adattare unilateralmente le condizioni per il trattamento delle domande di visto per soggiorni di breve durata presentate dai cittadini dei Paesi terzi al grado di cooperazione fornito da detti Paesi in materia di riammissione delle persone irregolarmente presenti sul territorio degli Stati membri⁴²⁻⁴³. Di conseguenza, l'art. 25 *bis* CDV è attivabile soltanto nei confronti di quei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di visto per attraversare le frontiere esterne dell'Unione: l'elenco di detti Paesi figura nell'allegato I al regolamento 2018/1806.

La disposizione in esame incarica la Commissione di valutare annualmente

⁴² V. art. 25 *bis*, par. 1, CDV. In particolare, le condizioni di cui si tratta sono la durata del trattamento delle domande di visto e i relativi costi, l'esenzione dall'obbligo di visto per i titolari di passaporto diplomatico, nonché il rilascio di visti per ingressi multipli: al riguardo, v. in dottrina J. P. CASSARINO, *Readmission, Visa Policy and the "Return Sponsorship" Puzzle in the New Pact on Migration and Asylum*, cit., spec. p. 2.

⁴³ Su questo meccanismo v. in dottrina S. AMADEO, F. SPITALERI, *op. cit.*, p. 440; E. GUILD, M. GRUNDLER, *op. cit.*, p. 393 s.; S. NICOLOSI, *Refashioning the EU Visa Policy: A New Turn of the Screw to Cooperation on Readmission and to Discrimination?*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 4, 2020, p. 467 ss.; E. GUILD, *Amending the Visa Code: Collective Punishment of Visa Nationals?*, in *eumigrationlawblog.eu*, 10 May 2019, disponibile online; N. VAVOULA, *Of Carrots and Sticks: A Punitive Shift in the Reform of the Visa Code*, *ivi*, 5 September 2018, disponibile online.

il livello di cooperazione dei Paesi terzi in materia di riammissione. Tale valutazione deve basarsi su «dati pertinenti e obiettivi» forniti dagli Stati membri e dagli organi dell'Unione e deve prendere in considerazione una serie di parametri, quali il numero di decisioni di rimpatrio emesse dagli Stati membri nei confronti di persone provenienti dal Paese terzo in questione; il rapporto tra le decisioni di rimpatrio emesse e quelle eseguite; il rapporto tra le richieste di riammissione presentate da ciascuno Stato membro al Paese terzo e quelle da esso accettate; e, infine, il grado di cooperazione pratica prestato questo Paese nelle varie fasi della procedura di rimpatrio⁴⁴.

La Commissione deve riferire al Consiglio i risultati della valutazione con cadenza almeno annuale.

Laddove, in esito alla valutazione in questione, la Commissione ritenga che un Paese terzo non coopera a sufficienza, essa può presentare al Consiglio una proposta ai fini dell'adozione di una decisione di esecuzione contenente specifiche e temporanee restrizioni al trattamento delle domande di visto presentate da tutti i cittadini di detto Paese o da alcune categorie di essi. La Commissione può attivarsi in tal senso anche nel caso in cui la maggioranza semplice degli Stati membri le notifichi «di incontrare problemi pratici sostanziali e persistenti nella cooperazione con un paese terzo in materia di riammissione»⁴⁵.

Se inoltre, una volta adottata, la decisione di esecuzione si rivela inefficace, la Commissione può proporre al Consiglio l'adozione di una seconda decisione di esecuzione che applichi a tutti o ad alcuni cittadini del Paese terzo in questione diritti per il trattamento delle domande di visto maggiorati rispetto all'importo previsto in via generale dal Codice dei Visti⁴⁶.

Entro sei mesi dall'entrata in vigore delle suddette decisioni di esecuzione, la Commissione è tenuta a riferire al Parlamento europeo e al Consiglio in merito ai progressi conseguiti nella cooperazione del Paese in questione in materia di riammissione. Qualora constati «miglioramenti

⁴⁴ V. art. 25 *bis*, par. 2, CDV. Per quanto riguarda l'ultimo indicatore citato, ossia il grado di cooperazione pratica prestato dai Paesi terzi, il riferimento è, in particolare, all'assistenza fornita nell'identificazione degli irregolari e nel tempestivo rilascio di documenti di viaggio o, in alternativa, nell'accettazione del documento di viaggio europeo per il rimpatrio; nell'accettazione della riammissione di persone che per legge devono essere rimpatriate nel loro Paese; e, infine, nell'accettazione di voli e operazioni di rimpatrio.

⁴⁵ V. art. 25 *bis*, parr. 3-5, CDV.

⁴⁶ In particolare, la decisione di esecuzione in questione può applicare diritti pari a 135 o 180 euro per il trattamento delle domande di visto, a fronte dei 90 euro normalmente previsti: v. regolamento delegato (UE) 2024/1415 della Commissione, del 14 marzo 2024, che modifica il regolamento (CE) n. 810/2009 per quanto riguarda l'importo dei diritti per i visti.

sostanziali e duraturi», la Commissione può proporre al Consiglio l'adozione di una decisione di esecuzione che abroghi o modifichi quelle precedenti⁴⁷.

Diversamente, se dalla valutazione della Commissione emerge che un Paese terzo coopera a sufficienza, l'istituzione può presentare al Consiglio una proposta ai fini dell'adozione di una decisione di esecuzione contenente misure a vantaggio dei cittadini di detto Paese, ossia condizioni procedurali più favorevoli per il rilascio dei visti rispetto a quelle previste in generale dal CDV⁴⁸. Tali decisioni di esecuzione hanno durata annuale e possono essere rinnovate⁴⁹.

L'art. 25 *bis* CDV rappresenta una grande novità nel panorama degli strumenti della dimensione esterna della politica migratoria dell'Unione europea: esso consente a quest'ultima di restringere o dilatare unilateralmente l'applicazione delle norme standard contenute nel Codice dei Visti a seconda del grado di cooperazione prestato da ciascun Paese terzo in materia di riammissione. Tale meccanismo permette di superare le difficoltà insite nella cooperazione tradizionale: come si è detto nel paragrafo precedente, queste ultime derivano dal carattere bilaterale degli accordi e delle intese, che presuppongono necessariamente il consenso della controparte.

Cionondimeno, va sottolineato che l'attivazione del meccanismo in esame, specialmente con riferimento alle decisioni di esecuzione contenenti misure peggiorative, solleva delicate questioni di natura politica: invero, atti del genere sono suscettibili di incidere trasversalmente sulle relazioni esterne dell'Unione e dei suoi Stati membri⁵⁰.

Per questo motivo, il legislatore dell'Unione ha corredato l'art. 25 *bis* CDV di due ordini di cautele.

La prima attiene alle istituzioni coinvolte nella procedura e ai loro rispettivi poteri: mentre il compito di valutare il livello di cooperazione dei Paesi terzi e di proporre, se del caso, le relative misure spetta alla Commissione, il potere di adottare le decisioni di esecuzione è attribuito al Consiglio. Quest'ultima istituzione è, infatti, ritenuta più idonea a tenere conto «della potenziale natura politicamente sensibile» degli atti in questione⁵¹.

⁴⁷ V. art. 25 *bis*, parr. 6 e 7, CDV.

⁴⁸ Le misure favorevoli possono consistere nella riduzione a 60 euro dei diritti per i visti, nella riduzione a dieci giorni del termine per il trattamento delle domande di visto e, infine, nell'allungamento del periodo di validità dei visti per ingressi multipli.

⁴⁹ V. art. 25 *bis*, par. 8, CDV.

⁵⁰ In tal senso v. anche considerando n. 14 del regolamento 2019/1155, cit.

⁵¹ *Ibidem*.

La seconda è relativa al fatto che le decisioni di esecuzione contenenti condizioni sfavorevoli rappresentano una *extrema ratio*, ossia possono essere adottate soltanto laddove le misure alternative volte a migliorare la cooperazione in materia di riammissione – in particolare le riunioni e i vertici organizzati con la controparte a vari livelli – si rivelino inefficaci⁵². Inoltre, le misure peggiorative vanno applicate secondo un criterio di intensità graduale crescente e, per espressa previsione, hanno carattere temporaneo, anche se la loro durata massima non è prestabilita.

Quanto agli aspetti applicativi, l'art. 25 *bis* CDV è entrato in vigore il 2 febbraio 2020. Da allora, la Commissione ha valutato annualmente il livello di cooperazione dei Paesi terzi in materia di riammissione⁵³. Sulla base dei risultati di queste valutazioni, la Commissione ha proposto al Consiglio di adottare decisioni di esecuzione contenenti misure negative nei confronti dei cittadini di Gambia, Iraq, Bangladesh, Etiopia, Senegal e Somalia⁵⁴. Dal

⁵² La natura residuale di tale meccanismo risulta dalla formulazione dell'art. 25 *bis*, par. 5, CDV: questo prevede, da un lato, che prima di proporre al Consiglio l'adozione di una decisione di esecuzione contenente misure sfavorevoli la Commissione debba valutare le relazioni generali dell'Unione con il Paese terzo in questione, anche (ma non solo) in materia migratoria; dall'altro lato, esso dispone che, anche dopo aver proposto al Consiglio l'adozione di una decisione del genere, la Commissione debba continuare «ad adoperarsi per migliorare la cooperazione con il paese terzo interessato».

⁵³ L'ultima valutazione risale a luglio 2024: v. European Commission, Daily News 23/07/2024, *Commission adopts assessment report and proposes visa measures to foster readmission cooperation*, MEX/24/3961, disponibile online.

⁵⁴ V. rispettivamente Commissione europea, *proposta di decisione di esecuzione del Consiglio, relativa alla sospensione di alcune disposizioni del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio nei confronti della Gambia*, del 15 luglio 2021, COM (2021) 413final; Commissione europea, *proposta di decisione di esecuzione del Consiglio, relativa alla sospensione di alcune disposizioni del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio nei confronti dell'Iraq*, del 15 luglio 2021, COM (2021) 414final; Commissione europea, *proposta di decisione di esecuzione del Consiglio, relativa alla sospensione di alcune disposizioni del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio nei confronti del Bangladesh*, del 15 luglio 2021, COM (2021) 412final; Commissione europea, *proposta di decisione di esecuzione del Consiglio, relativa alla sospensione di alcune disposizioni del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio nei confronti dell'Etiopia*, del 27 settembre 2023, COM (2023) 568final; Commissione europea, *proposta di decisione di esecuzione del Consiglio, relativa alla sospensione di alcune disposizioni del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio nei confronti del Senegal*, del 9 novembre 2022, COM (2022) 631final; Commissione europea, *proposta di decisione di esecuzione del Consiglio, relativa alla sospensione di alcune disposizioni del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio nei confronti della Somalia*, del 23 luglio 2024, COM (2024) 324final.

canto suo, il Consiglio ha adottato le relative decisioni di esecuzione soltanto nei confronti dei cittadini di Gambia ed Etiopia⁵⁵.

In particolare, nel caso del Gambia, il Consiglio ha adottato una prima decisione di sospensione temporanea di alcune disposizioni del CDV e poi, a fronte dell'inefficacia di questa misura, una seconda decisione di esecuzione che aumentava i diritti dovuti per il trattamento delle domande di visto presentate dai cittadini gambiani⁵⁶. In seguito, constatato il maggior grado di cooperazione dimostrato dalle autorità gambiane nell'organizzazione dei voli e delle operazioni di rimpatrio, il Consiglio ha abrogato quest'ultima decisione⁵⁷.

Nel caso di Iraq e Bangladesh non è stato necessario adottare alcuna decisione di esecuzione: la sola proposta della Commissione si è rivelata un utile strumento di pressione politica, che ha indotto questi Paesi ad assumere un atteggiamento maggiormente collaborativo⁵⁸.

A questo riguardo, è interessante sottolineare che, qualche anno fa, l'Unione ha siglato intese informali di riammissione con tre dei sei Paesi terzi

⁵⁵ V. decisione di esecuzione (UE) 2024/1341 del Consiglio, del 29 aprile 2024, relativa alla sospensione di alcune disposizioni del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio nei confronti dell'Etiopia.

⁵⁶ V. rispettivamente decisione di esecuzione (UE) 2021/1781 del Consiglio, del 7 ottobre 2021, relativa alla sospensione di alcune disposizioni del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio nei confronti della Gambia, e decisione di esecuzione (UE) 2022/2459 del Consiglio, dell'8 dicembre 2022, relativa all'applicazione di un aumento dei diritti per i visti nei confronti della Gambia.

⁵⁷ V. decisione di esecuzione (UE) 2024/1231 del Consiglio, del 12 aprile 2024, che abroga la decisione di esecuzione (UE) 2022/2459 relativa all'applicazione di un aumento dei diritti per i visti nei confronti della Gambia.

⁵⁸ In particolare, con riferimento al Bangladesh, la comunicazione alle autorità bengalesi dell'intenzione dell'Unione di applicare misure restrittive in materia di visti ha fatto registrare un miglioramento immediato del livello di cooperazione in materia di riammissione e una rinnovata volontà di dare attuazione all'intesa informale a tal fine conclusa con l'Unione europea. Per quanto riguarda l'Iraq, questa condizionalità è stata utilizzata dall'Unione – accanto ad altre misure di carattere politico – come strumento di pressione per convincere detto Paese a bloccare i voli in partenza per la Bielorussia nell'estate del 2021, ridimensionando così la portata del fenomeno dei c.d. attacchi ibridi. Così risulta da una lettera indirizzata dalla Commissione al Presidente del Comitato LIBE: v. European Commission, Directorate-general for Migration and Home Affairs, *EU readmission cooperation with partner countries – state of play*, 28 January 2022, disponibile *online*, pp. 2 e 7; v. anche la nota del Segretariato generale del Consiglio, del 27 agosto 2021, 11416/21 LIMITE, disponibile *online*, in cui è riportata la posizione dei vari Stati membri con riferimento all'attivazione del meccanismo di cui all'art. 25^{bis} CDV nei confronti di Bangladesh, Iraq e Gambia.

nei confronti dei quali la Commissione ha poi attivato il meccanismo previsto dall'art. 25 *bis* CDV: si tratta, nella specie, proprio di Gambia, Bangladesh ed Etiopia. Orbene, la proposta della Commissione di adottare condizioni peggiorative per il trattamento delle domande di visto ai sensi dell'art. 25 *bis* CDV è verosimilmente dovuta al fatto che le intese informali di riammissione non hanno comportato un effettivo miglioramento della cooperazione di detti Paesi in materia di riammissione. Dalla prassi esaminata emerge dunque come i meccanismi unilaterali di pressione vengano utilizzati in aggiunta agli strumenti bilaterali di cooperazione e, rispetto a quest'ultimi, sembrano dotati di maggiore efficacia.

Nel piano di attuazione del Patto sulla migrazione e l'asilo, la Commissione ha affermato che il meccanismo di cui all'art. 25 *bis* CDV «si è rivelato determinante per [...] migliorare la cooperazione in materia di riammissione», citando in proposito proprio i casi di Gambia, Iraq e Bangladesh. Visti i risultati ottenuti, la Commissione intende «sfruttare appieno il potenziale di questo meccanismo per aumentare la cooperazione [dei Paesi terzi] in materia di riammissione» nell'ambito dell'attuazione del Patto⁵⁹.

A questo riguardo, va sottolineato che gli atti normativi di cui si compone il Patto rafforzano l'utilizzo della procedura di asilo alla frontiera: essa si svolge, appunto, presso le frontiere esterne dell'Unione e assicura una valutazione celere delle domande di protezione internazionale «probabilmente inammissibili o infondate, al fine di consentire il rapido rimpatrio delle persone che non hanno diritto di soggiornare» sul territorio degli Stati membri⁶⁰. In particolare, la procedura in questione è resa obbligatoria, *inter alia*, nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi che registrano un tasso di riconoscimento delle domande di asilo pari o inferiore al venti per cento⁶¹: in concreto, molti richiedenti sono suscettibili di rientrare in tale categoria.

In un contesto del genere, ben si comprende come la collaborazione dei Paesi d'origine in materia di riammissione sia fondamentale per raggiungere gli obiettivi che il Patto si prefigge: in mancanza della stessa, tutti coloro che non hanno titolo per fare ingresso nel territorio dell'Unione permarrebbero presso le frontiere esterne in attesa del rimpatrio e, se questo non viene perfezionato, dovrebbero essere rilasciati alla scadenza dei termini di trattenimento⁶².

Quanto sinora esposto consente di svolgere le seguenti considerazioni in merito al meccanismo in esame.

⁵⁹ V. COM (2024) 251final, cit., p. 56.

⁶⁰ V. considerando n. 64 del regolamento 2024/1348, cit.

⁶¹ *Ivi*, art. 45, par. 1.

⁶² Per considerazione analoghe v. L. MARIN, *op. cit.*, spec. pp. 315-316.

In primo luogo, si osserva che, ad oggi, l'attivazione di questo strumento ha portato soltanto all'adozione di misure sfavorevoli nei confronti dei Paesi terzi poco collaborativi; per contro, esso non è ancora stato utilizzato "in senso premiale", ossia per prevedere misure positive nei confronti dei Paesi inclini a cooperare in materia di riammissione. Di conseguenza, l'art. 25 *bis* CDV sembra configurarsi principalmente come un meccanismo di pressione unilaterale che l'Unione utilizza nei confronti dei Paesi terzi al fine di conseguire elevati standard di cooperazione nel settore della riammissione⁶³⁻⁶⁴.

In secondo luogo, si rileva che, qualora utilizzato "in senso premiale", lo strumento in esame produrrebbe effetti analoghi a quelli degli accordi di facilitazione del rilascio dei visti, fatta eccezione per la reciprocità. Con la precisazione che il meccanismo di cui all'art. 25 *bis* CDV è più flessibile rispetto alla conclusione di un accordo internazionale: esso, infatti, consente all'Unione di decidere discrezionalmente e unilateralmente quali vantaggi accordare nel trattamento delle domande di visto, stabilendo altresì la platea dei beneficiari e la durata temporale delle misure. Di conseguenza, le misure positive adottate in virtù dell'art. 25 *bis* CDV comportano un rischio inferiore rispetto agli accordi di facilitazione del rilascio dei visti sotto il

⁶³ Si noti che questa configurazione appare in linea con gli sviluppi che più recentemente hanno caratterizzato l'approccio globale in materia di migrazione e mobilità (c.d. GAMM), improntati alla logica del c.d. "less for less", consistente proprio nell'applicare strumenti di pressione nei confronti dei partner meno inclini alla cooperazione: a tal riguardo v. in dottrina T. STRIK, *The Global Approach to Migration and Mobility*, in *Groningen Journal of International Law*, vol. 5, n. 2, 2017, pp. 311-328, spec. p. 322 ss.

⁶⁴ Si noti che la dottrina ha rilevato alcune criticità in proposito. Un primo aspetto problematico attiene alle conseguenze dell'applicazione dell'art. 25 *bis* CDV sul trattamento dei cittadini dei Paesi terzi richiedenti il visto. Al riguardo, la dottrina ha sottolineato l'iniustizia di un sistema in base al quale le conseguenze della mancata cooperazione in tema di riammissione da parte dei Paesi terzi sono sopportate interamente da individui in alcun modo responsabili della condotta politica del proprio Stato di cittadinanza (sul punto v. S. AMADEO, F. SPITALERI, *op. cit.*, p. 39, dove si ipotizza il contrasto del meccanismo in esame «con il principio generale che vieta il trattamento diverso di situazioni analoghe o comparabili sotto il profilo fattuale» e dunque, in ultima analisi, con il principio di uguaglianza dinanzi alla legge, di cui all'art. 20 della Carta). Inoltre, alcuni profili critici sono stati sollevati con riferimento al divieto di discriminazione dei richiedenti il visto: in particolare, parte della dottrina ha sostenuto che l'art. 25 *bis* CDV comporterebbe una discriminazione fondata sulla nazionalità tra i cittadini di quei Paesi terzi per cui il visto costituisce una condizione di ingresso nel territorio europeo. Secondo tale ricostruzione, in un'ipotesi del genere verrebbe in rilievo il divieto di discriminazione di cui all'art. 21, par. 1, della Carta (in tal senso v. S. NICOLOSI, *op. cit.*, spec. p. 485 ss; E. GUILD, *op. cit.*; N. VAVOULA, *op. cit.*).

profilo dell'aumento dell'immigrazione irregolare. Per questo motivo, è verosimile ritenere che, in futuro, la strategia della negoziazione parallela degli accordi di riammissione e degli accordi sui visti cederà sempre più il passo all'attivazione dell'art. 25 *bis* CDV.

Infine, come detto in apertura in questo paragrafo, va ricordato che il meccanismo previsto dall'art. 25 *bis* CDV può essere attivato soltanto nei confronti dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto per attraversare le frontiere esterne dell'Unione; di conseguenza, esso non può essere utilizzato per migliorare la cooperazione in materia di riammissione con quei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo. Per raggiungere quest'obiettivo, il regolamento 2018/1806 prevede un diverso strumento, denominato meccanismo di sospensione dell'esenzione dal visto: esso sarà esaminato nel paragrafo seguente.

5. *Segue: gli strumenti unilaterali di pressione verso i Paesi terzi i cui cittadini sono esenti dall'obbligo del visto. Il meccanismo di sospensione dell'esenzione dal visto*

Il regolamento 2018/1806 contiene, al suo allegato II, l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti dall'obbligo del visto per soggiorni di breve durata nello spazio Schengen. L'esenzione dall'obbligo del visto apporta «vantaggi economici, sociali e culturali significativi agli Stati membri dell'UE e ai paesi terzi, e rappresenta uno strumento importante per promuovere il turismo e gli affari»⁶⁵.

Al contempo, però, essa implica dei rischi per la sicurezza dello spazio Schengen, che sono ancor maggiori rispetto alla previsione di procedure semplificate per l'ottenimento dei visti. In particolare, tali rischi concernono l'aumento dell'immigrazione irregolare. Per questo motivo, l'Unione concede l'esenzione dall'obbligo del visto soltanto ai cittadini di quei Paesi terzi che soddisfano certi requisiti di affidabilità e che non rappresentano un pericolo sotto il profilo dell'immigrazione clandestina⁶⁶.

⁶⁵ In tal senso v. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 30 maggio 2023, COM (2023) 297final, sul monitoraggio dei regimi di esenzione dal visto dell'UE.

⁶⁶ In tal senso v. l'art. 1 del regolamento 2018/1806, cit., da cui risulta che l'esenzione dal visto è concessa ai cittadini dei Paesi terzi in esito ad una valutazione casistica. Quest'ultima tiene conto «di vari criteri che attengono, in particolare, all'immigrazione clandestina, all'ordine pubblico e alla sicurezza, ai vantaggi economici, segnatamente in termini di

Inoltre, per scongiurare i rischi che il regime di esenzione dal visto porta con sé, il regolamento 2018/1806 prevede, al suo art. 8, un meccanismo che attribuisce alla Commissione il potere di disporre la sospensione dell'esenzione dall'obbligo del visto in presenza di determinate circostanze⁶⁷⁻⁶⁸. Può trattarsi, ad esempio, dei casi in cui sussiste «un rischio accresciuto o una minaccia imminente all'ordine pubblico o alla sicurezza interna degli Stati membri»⁶⁹.

In questa sede, interessa soprattutto sottolineare che la sospensione dell'esenzione dall'obbligo del visto può essere adottata nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi in cui si registra «una diminuzione nella cooperazione [...] in materia di riammissione»⁷⁰. L'art. 8, par. 3, secondo comma, del regolamento 2018/1806, elenca, a titolo esemplificativo, alcune situazioni in presenza delle quali può ravvisarsi la mancata cooperazione: tra esse figurano «il rifiuto o il mancato tempestivo esame delle domande di riammissione»; «il mancato tempestivo rilascio di documenti di viaggio ai fini del rimpatrio entro i termini specificati nell'accordo di riammissione o la mancata accettazione dei documenti di viaggio europei rilasciati dopo la scadenza dei termini specificati nell'accordo di riammissione»; e, infine, «la denuncia o la sospensione dell'accordo di riammissione».

Per quanto riguarda il funzionamento del meccanismo in esame, va detto che, in presenza di uno dei motivi di cui all'art. 8, par. 2, del regolamento

turismo e commercio estero, e alle relazioni esterne dell'Unione con i paesi terzi in questione, includendo anche considerazioni relative ai diritti umani e alle libertà fondamentali nonché tenendo conto delle implicazioni di coerenza regionale e reciprocità».

⁶⁷ Su questo meccanismo v. in dottrina E. GUILD, M. GRUNDLER, *op. cit.*, p. 393.

⁶⁸ Si noti che il meccanismo in questione è attualmente oggetto di revisione. La proposta della Commissione è volta a rafforzare il regime esistente: in particolare, essa prevede l'ampliamento dei motivi di sospensione dei regimi di esenzione dal visto, l'aumento della durata del periodo di sospensione temporanea dell'esenzione dal visto e, infine, il rafforzamento degli obblighi di monitoraggio e comunicazione della Commissione: v. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 ottobre 2023, che modifica il regolamento (UE) 2018/1806 per quanto riguarda la revisione del meccanismo di sospensione, COM (2023) 642final. V. anche il comunicato stampa della Commissione, del 18 ottobre 2023, *Politica dei visti: la Commissione propone di rafforzare il meccanismo di sospensione*, IP/23/4961, disponibile *online*. Il 17 giugno 2025 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno raggiunto un accordo politico provvisorio sulla proposta della Commissione: v. il comunicato stampa della Commissione, del 17 giugno 2025, *Commission welcomes political agreement on a stronger and more flexible visa suspension mechanism*, IP/25/1517, disponibile *online*.

⁶⁹ V. l'art. 8, par. 2, lett. d), del regolamento 2018/1806, cit.

⁷⁰ *Ivi*, art. 8, par. 2, lett. c).

2018/1806, la Commissione può adottare, di propria iniziativa o su richiesta degli Stati membri, un atto di esecuzione che sospende temporaneamente l'esenzione dall'obbligo del visto nei confronti dei cittadini del Paese terzo interessato.

Durante il periodo di sospensione – che dura nove mesi e, nel caso in cui la situazione persista, può essere prorogato di ulteriori diciotto mesi – i cittadini di tale Paese sono sottoposti all'obbligo del visto per attraversare le frontiere esterne dell'Unione.

Se la situazione persiste, la Commissione può presentare al Parlamento europeo e al Consiglio una proposta legislativa di modifica del regolamento 2018/1806, «intesa a spostare dall'allegato II all'allegato I il riferimento al paese terzo», revocando così definitivamente l'esenzione dall'obbligo del visto a favore dei cittadini del Paese terzo in questione⁷¹.

Da quanto esposto emerge che il meccanismo sin qui esaminato si differenzia da quello previsto dall'art. 25 *bis* CDV. Una prima differenza attiene alle Istituzioni coinvolte nella procedura: mentre l'art. 25 *bis* CDV richiede il coinvolgimento del Consiglio per l'adozione delle misure proposte dalla Commissione, l'art. 8 del regolamento 2018/1806 conferisce alla sola Commissione il potere di disporre la sospensione dell'esenzione dal visto, senza che sia necessario l'intervento del Consiglio.

Inoltre, a differenza dell'art. 25 *bis* CDV, che prevede soltanto la possibilità di adottare misure temporanee, l'art. 8 del regolamento 2018/1806 consente, in caso di situazioni patologiche, di revocare definitivamente l'esenzione dal visto. Con la precisazione che, in quest'ultimo caso, è necessaria una modifica legislativa del regolamento 2018/1806.

Sembra corretto ritenere che queste differenze tra i due meccanismi dipendano dalla loro diversa natura e dalle diverse finalità cui essi tendono.

Come detto nel par. 3 di questo lavoro, l'art. 25 *bis* CDV si configura più che altro come uno strumento unilaterale di pressione.

Diversamente, l'art. 8 del regolamento 2018/1806 è concepito principalmente come uno strumento di reazione agli abusi posti in essere dai Paesi beneficiari dei regimi di esenzione dal visto, laddove detti abusi comportino dei rischi per l'ordine pubblico e per la sicurezza degli Stati membri.

Per quanto riguarda poi, nello specifico, la sospensione dell'esenzione dal visto motivata dalla diminuzione del livello di cooperazione in materia di riammissione, va detto che alla finalità di reazione all'abuso si affianca quella

⁷¹ *Ivi*, art. 8, par. 7.

di pressione unilaterale caratteristica del meccanismo previsto dall'art. 25 *bis* CDV. Invero, in simili ipotesi, gli strumenti disciplinati rispettivamente dell'art. 8 del regolamento 2018/1806 e dall'art. 25 *bis* CDV appaiono come complementari: l'attivazione dell'uno o dell'altro dipende unicamente dall'esistenza dell'obbligo del visto in capo ai cittadini del Paese terzo in questione.

Con riferimento alla prassi applicativa relativa all'art. 8 del regolamento 2018/1806, va sottolineato che finora esso non è ancora stato attivato per far fronte a ipotesi di diminuzione della cooperazione in materia di riammissione da parte dei Paesi terzi; d'altronde, ciò non sorprende particolarmente se si considera che, come accennato in apertura del presente paragrafo, l'esenzione dal visto è di norma concessa ai Paesi che non presentano particolari rischi per l'immigrazione clandestina.

6. Conclusioni

Il presente lavoro ha esaminato l'evoluzione della dimensione esterna della politica migratoria dell'Unione europea alla luce delle novità introdotte dal Patto sulla migrazione e l'asilo.

Dall'analisi degli atti legislativi di cui si compone la riforma è emerso che la materia in questione è disciplinata in modo disorganico: alcune disposizioni del regolamento 2024/1348 e del regolamento 2024/1351 menzionano due nuove tipologie di accordi internazionali che l'Unione può concludere in questo settore, senza però fornire ulteriori precisazioni al riguardo. Per questo motivo, permangono delle perplessità sulla natura giuridica e sul contenuto di detti strumenti.

Dal canto suo, il piano di attuazione comune del Patto non contribuisce a dissipare i dubbi: nella sezione dedicata alla dimensione esterna della politica di immigrazione e asilo, esso non contiene alcun riferimento a nuove ipotesi di accordi internazionali.

Per contro, detto piano attribuisce grande rilevanza agli strumenti non vincolanti di dialogo politico che l'Unione pone in essere al fine di migliorare la cooperazione con i Paesi terzi in svariate materie, tra le quali figura anche la gestione del fenomeno migratorio.

Inoltre, esso ribadisce che l'obiettivo principale cui tende l'azione esterna della politica migratoria dell'Unione è il miglioramento della cooperazione dei Paesi terzi in materia di riammissione.

Muovendo da tali premesse, la trattazione ha utilizzato la politica

di riammissione come “caso studio” per analizzare l’evoluzione della dimensione esterna della politica migratoria dell’Unione europea. In particolare, dall’analisi condotta è emerso che l’Unione tende sempre più a servirsi di strumenti unilaterali per spingere i Paesi terzi a collaborare. Il ricorso a simili meccanismi è volto a superare le difficoltà derivanti dalla cooperazione bilaterale. Come si è spiegato, queste difficoltà ineriscono tanto alla stipulazione di veri e propri accordi internazionali, quanto all’adozione di intese informali aventi ad oggetto la riammissione dei cittadini dei Paesi terzi che si trovano irregolarmente sul territorio degli Stati membri. In entrambi i casi, i Paesi terzi sono restii ad assumersi gli obblighi o gli impegni che discendono da tali strumenti. Di qui l’utilizzo di meccanismi unilaterali di pressione e, in particolare, di quello previsto dall’art. 25 *bis* CDV, in aggiunta o addirittura in sostituzione agli accordi internazionali e, talvolta, anche agli strumenti bilaterali non vincolanti.

Da ultimo, è interessante rilevare che, in un prossimo futuro, l’Unione potrebbe ricorrere a strumenti unilaterali di pressione per incentivare la cooperazione dei Paesi terzi in materia di riammissione anche in settori diversi dai visti⁷². In particolare, la Commissione ha proposto di introdurre, nel nuovo regolamento relativo all’applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate, una disposizione che consente all’Unione di revocare temporaneamente il trattamento tariffario preferenziale da essa concesso unilateralmente ai Paesi terzi beneficiari nel caso in cui questi non ottemperino all’obbligo di riammettere i propri cittadini⁷³. La proposta, già discussa dal Consiglio, è attualmente al vaglio del Parlamento europeo.

L’eventuale adozione di questo atto confermerebbe ulteriormente la recente tendenza dell’Unione a incentivare la cooperazione dei Paesi terzi in materia migratoria attraverso strumenti unilaterali di pressione.

⁷² Si noti che ciò è in linea con quanto auspicato dalla Commissione nella comunicazione sul piano di attuazione del Patto e dal Consiglio europeo nelle sue conclusioni del 17 ottobre 2024. Queste istituzioni hanno infatti affermato che è necessario ricorrere a tutte le «politiche, gli strumenti e i mezzi pertinenti di cui l’UE dispone, compresi la diplomazia, lo sviluppo, il commercio e i visti» per aumentare e accelerare i rimpatri: v. rispettivamente COM (2024) 251final, cit., p. 56 e le conclusioni del Consiglio europeo EUCO 25/24, punto 37.

⁷³ V. l’art. 19, par. 1, lett. c), della proposta di regolamento, del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo all’applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, COM (2021) 579final, del 22 settembre 2021. Per un commento v. in dottrina S. LAVENEX, *From Something to “Offer in Return” to Something to “Withdraw”: Retracing Trade Conditionality in EU Readmission Policy*, in *eumigrationlawblog.eu*, 5 September 2023, disponibile online.

Abstract (ita)

Il contributo esamina l'evoluzione della dimensione esterna della politica migratoria dell'Unione europea alla luce delle novità introdotte dal Patto sulla migrazione e l'asilo. A tal fine, esso analizza i diversi atti legislativi di cui si compone la riforma, nonché il piano di attuazione comune del Patto. Da quest'ultimo emerge che la riammissione delle persone irregolarmente presenti sul territorio degli Stati membri continua a rivestire un'importanza fondamentale nel settore in questione. Utilizzando la politica di riammissione come "caso studio", il presente lavoro si propone di evidenziare la recente tendenza dell'Unione a servirsi di strumenti unilaterali di pressione nei confronti dei Paesi terzi, al fine di superare le difficoltà derivanti dalla cooperazione bilaterale. In particolare, saranno presi in considerazione, da un lato, lo strumento previsto dall'art. 25 *bis* del reg. 810/2009 e, dall'altro, il meccanismo di sospensione dell'esenzione dal visto disciplinato dal reg. 2018/1806.

Abstract (eng)

The contribution analyses the development of the external dimension of EU immigration and asylum policies in light of the Pact on Migration and Asylum. To this end, it examines the various legislative acts the reform is composed of, as well as its Common Implementation Plan. The latter shows that the readmission of persons irregularly present on the territory of EU Member States continues to be of key importance in the field at stake. By using EU readmission policy as a case study, the present paper aims to highlight the Union's recent tendency to resort to unilateral instruments of pressure on Third Countries in order to overcome the difficulties arising from bilateral cooperation. In particular, it will focus on the instrument provided by Art. 25 a of reg. 810/2009 and the visa waiver suspension mechanism enshrined in reg. 2018/1806.

UN PRIMO BILANCIO DELLE SFIDE AFFRONTATE DAL PATTO

Emanuela Pistoia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le sfide affrontate nel Patto. – 3. La nuova centralità assunta dal diritto dell'Unione.

1. *Introduzione*

Dalle relazioni presentate nell'ambito del convegno emergono due temi, alla stregua di due fili conduttori: le sfide che il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo intende affrontare e la nuova centralità assunta dal diritto dell'Unione in questo settore.

2. *Le sfide affrontate nel Patto*

Le sfide individuate sono almeno tre: quella relativa alla garanzia del diritto di asilo, quella concernente la solidarietà e, infine, la sfida relativa all'attuazione del diritto dei richiedenti protezione internazionale ad essere ascoltati.

La politica dell'Unione sull'asilo è basata sulla Convenzione di Ginevra del 1951 e sul relativo Protocollo del 1967: lo stabilisce espressamente l'art. 78, par. 1, TFUE, cosicché, nell'ordinamento dell'Unione, la Convenzione assume in sostanza il rango di diritto primario. Significa che tutto il diritto derivato deve essere informato alla Convenzione ed essere cioè preposto alla garanzia del diritto di asilo, che in primo luogo consiste nel diritto di *chiedere* l'asilo e richiede l'accertamento delle condizioni stabilite al riguardo. La questione di sapere se gli atti afferenti al Nuovo Patto rispondano sempre e pienamente a questo requisito non ha dunque meramente natura politica; al contrario, si tratta di una questione giuridica assolutamente centrale.

Le relazioni hanno mostrato l'ambiguità della nuova disciplina sul punto, i quali si devono al fatto che il suo obiettivo preminente, confermato pe-

* Professoressa ordinaria di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Teramo. Il presente scritto riflette le conclusioni presentate nell'ambito del seminario annuale del Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo di AISDUE, "Patto immigrazione e asilo: dalle nuove regole alla sfida dell'attuazione", svoltosi presso l'Università di Verona in data 6 dicembre 2024.

raltro dagli obiettivi della Commissione eletta nell'autunno 2024, è quello di fermare l'immigrazione irregolare. Le nuove norme vorrebbero così trovare un punto di equilibrio tra questo obiettivo e l'esigenza di garantire il diritto a chiedere l'asilo secondo quanto richiesto dalla Convenzione di Ginevra. Sotto alcuni aspetti, in particolar modo riguardo alla procedura di frontiera, tale punto di equilibrio appare però stabilito a scapito dell'asilo e a vantaggio del contrasto all'immigrazione irregolare. Infatti, al momento un'importante fetta di richiedenti asilo giunge nel territorio degli Stati membri dell'Unione senza titolo di ingresso o soggiorno: qui il cortocircuito tra la preoccupazione di prevenire i flussi irregolari e la garanzia del diritto di asilo, dovuto al fatto che un numero considerevole di domande di protezione internazionale saranno esaminate con la procedura di frontiera, che tanto appare sacrificare la possibilità dei richiedenti di rappresentare la propria condizione e di far valere le proprie ragioni.

Il principio di solidarietà è affermato dall'art. 80 TFUE quale principio che governa le politiche dell'Unione disciplinate nel capo 2, titolo V TFUE. I contenuti del principio di solidarietà continuano a corrispondere al concetto per cui gli Stati membri devono gestire in modo responsabile, nei confronti degli altri Stati membri, le proprie politiche migratori¹. Appare così arduo distinguere tale principio da quello di leale collaborazione il quale, riguardo ai rapporti tra Unione e Stati membri, comporta l'obbligo di rispetto e assistenza reciproca negli obblighi derivanti dai Trattati. Anzi, nel Patto questo contenuto del principio di solidarietà è portato a compimento attraverso l'idea che gli Stati devono adempiere diligentemente alle responsabilità loro assegnate dal diritto dell'Unione. Questo significato di solidarietà comporta che uno Stato in difficoltà riceve supporto dagli altri solo a condizione che abbia correttamente adempiuto ai propri obblighi, a nulla rilevando che tali difficoltà siano dovute a situazioni oggettive che richiederebbero di per sé un riequilibrio delle responsabilità. Nel caso specifico delle politiche di asilo e di immigrazione, ai fini della solidarietà tra Stati membri poco rileva che qualcuno tra essi sia dotato di migliaia di chilometri di coste facilmente raggiungibili da Stati terzi rivieraschi. Anzi, sotto questo profilo il Nuovo Patto segna addirittura una regressione, riguardo alla determinazione dei criteri volti a individuare lo Stato competente a ricevere le domande di protezione internazionale e di conseguenza ad accordare il relativo status: infatti, l'applicabilità del criterio dello Stato di primo arrivo illegale – condizione che di regola si deve alla mera posizione geografica – è

¹ Corte giust. 26 luglio 2017, C-646/16, *Jafari*, punto 88.

stata prolungata fino a 20 mesi dall'attraversamento della frontiera², rispetto ai sei mesi risultanti dall'art. 29, par. 2, del regolamento Dublino III, i quali in circostanze specifiche potevano mutare in un anno o in diciotto mesi³. L'ampliamento del tempo in cui a uno Stato membro è attribuita la responsabilità dell'asilo per il solo motivo della sua naturale posizione geografica va in direzione contraria rispetto a una nozione di solidarietà ispirata al riequilibrio degli oneri: questa nozione è invece suggerita dall'endiadi «principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri» impiegata nell'art. 80 TFUE.

Nel Patto, la solidarietà intesa nel senso di un riequilibrio degli oneri vede una certa affermazione, nel regolamento sulla gestione dell'asilo, grazie alla possibilità che, in situazioni definite come «di pressione migratoria», gli Stati volenterosi offrano «contributi» volti in vario modo ad alleviare gli oneri degli Stati sotto pressione, appunto⁴. Il bilancio di tale affermazione è tuttavia deludente a causa della grande discrezionalità statale nella definizione dei contributi di solidarietà e della farraginosità della procedura in cui questi dovrebbero maturare. Soprattutto, la valutazione negativa sull'affermazione della funzione di riequilibrio della solidarietà si deve alla disciplina di quest'ultima nel regolamento (UE) 2024/1359 sulle situazioni di crisi e di forza maggiore: in caso di crisi, infatti, gli Stati in sofferenza ricevono supporto dagli altri purché il loro sistema di gestione dell'asilo fosse adeguato prima dell'avverarsi della crisi⁵.

Un'ulteriore sfida riguarda l'affermazione del diritto dei richiedenti asilo di essere ascoltati. Stando a come sono state costruite certe procedure, tale diritto, derivante da un principio generale di diritto non scritto dell'ordinamento dell'Unione, rischia di risultare compresso in modo eccessivo. I confini di tale diritto non sono delineati in modo chiaro e netto dalla giurisprudenza, che fornisce solo qualche spunto. Nell'auspicio di una migliore definizione in futuro, è però lecito dubitare che in particolar modo la procedura di frontiera sia soddisfacente a questo riguardo.

² Così l'art. 33, par. 1, del regolamento (UE) 2024/1351, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060 e che abroga il regolamento (UE) 604/2013.

³ Invece, il nuovo termine di 20 mesi è indicato dal regolamento (UE) 2024/1351 in termini generali.

⁴ Si vedano la Parte II e la Parte IV del regolamento (UE) 2024/1351.

⁵ In questi termini l'art. 1, par. 4, lett. a), nonché l'art. 2, par. 2, lett. a) e lett. i), del regolamento (UE) 2024/1359, del 14 maggio 2024, concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo e che modifica il regolamento (UE) 2021/1147.

3. *La nuova centralità assunta dal diritto dell'Unione*

Riguardo alla nuova centralità del diritto nell'Unione sui temi trattati, questa appare dovuta anzitutto al numero di atti normativi dell'Unione, cioè a dire alla quantità di aspetti da questa regolati rispetto agli Stati membri. Dal momento che le politiche di immigrazione e di asilo sono settori di competenza concorrente, significa che gli spazi rimasti ai legislatori nazionali sono esigui.

Un ulteriore aspetto che determina il carattere centrale del diritto dell'Unione è il fatto che sono sempre più numerosi i regolamenti, mentre finora l'unico atto di questo genere, tra quelli che definiscono i lineamenti fondamentali delle politiche di asilo e immigrazione, è il regolamento "di Dublino", così detto in ragione della sua antesignana Convenzione di Dublino del 1990. È così di dimensioni sempre più consistenti la normativa che promana da Bruxelles per arrivare alle istituzioni locali e alle persone fisiche e giuridiche in modo uniforme in tutti gli Stati membri.

Peraltro, siffatte crescenti dimensioni del diritto uniforme comportano un'ulteriore sfida pertinente alla tecnica normativa. Infatti, l'immigrazione e l'asilo sono settori in cui gli Stati membri mantengono un forte interesse alla normazione. Questo è certamente il caso del nostro Paese, dove ad esempio ogni anno si assiste a diversi interventi normativi da parte del legislatore nazionale, che continuamente arricchiscono o modificano le norme nazionali esistenti. Atteso che la diretta applicabilità dei regolamenti comporta anzitutto un divieto per gli Stati membri di riprodurre il loro testo nella normativa interna⁶, la coesistenza tra gruppi di norme di fonte nazionale e di fonte europea rende particolarmente arduo per gli operatori del settore districarsi fra tanta complessità: sarebbe oltremodo utile una sorta di testo unico, che però apre per l'appunto al rischio di violare i paletti della diretta applicabilità.

La ragione di siffatta accresciuta centralità del diritto dell'Unione nei settori dell'immigrazione e dell'asilo appare dovuta alla scarsa fiducia degli Stati membri gli uni verso gli altri: anzi, a dire il vero alla scarsa fiducia di *alcuni* Stati membri – verosimilmente quelli di maggiore attrattività per i richiedenti e destinatari dei c.d. movimenti secondari – verso *alcuni* altri, in particolare verso gli Stati di primo arrivo irregolare. Per la precisione, la perdita di terreno dei principi sulla ripartizione delle competenze concorrenti tra Stati membri e Unione, cioè i principi di sussidiarietà e di proporzionali-

⁶ Così la notissima Corte giust. 7 febbraio 1973, 39/72, *Commissione/Italia*, punto 17.

tà, si deve alla valutazione negativa circa i modi in cui gli Stati più esposti ai flussi migratori hanno utilizzato finora i loro spazi.

Nel nuovo assetto, gli ambiti che residuano agli Stati membri attengono in larga parte alle vie di immigrazione regolare, le quali paiono essere gli strumenti principali per arrestare l'immigrazione irregolare, e gli unici rispettosi dei diritti fondamentali dei migranti e della dignità umana. A questo riguardo il TFUE sottopone le competenze dell'Unione a due limiti importanti. Il primo riguarda la determinazione del volume di cittadini di Stati terzi che possono fare ingresso nel territorio degli Stati membri. Siffatta determinazione è preclusa all'Unione ai sensi dell'art. 79, par. 5, TFUE. Il secondo limite attiene all'integrazione dei cittadini di Stati terzi, riguardo alla quale l'Unione ha competenze meramente di sostegno, a norma dell'art. 79, par. 3. Infatti, nelle direttive che consentono agli Stati membri di sottoporre alla presenza di «condizioni di integrazione» il rilascio del permesso di soggiorno a determinati cittadini di Stati terzi, il contenuto di tali condizioni è rimesso agli Stati interessati. La Corte di giustizia ha potuto solamente fissare certi paletti al riguardo, peraltro di importanza fondamentale: essi hanno infatti consentito di riconoscere come contrari al diritto dell'Unione requisiti volti sostanzialmente a mortificare la possibilità dei cittadini di Stati terzi di integrarsi, piuttosto che a facilitarla⁷. Eppure, il timore della mancata integrazione nelle società di accoglienza di titolari di protezione internazionale e di migranti "economici" costituisce la ragione della paura dell'immigrazione che affiora da ogni riga della nuova normativa.

⁷ Corte giust. 4 giugno 2015, C-579/13, *P e S*, punto 49; 9 luglio 2015, C-153/14, *K. e A*, punto 56.

Segnalazioni

CONTRASTO ALLA CORRUZIONE: IL 7 MAGGIO L'ABUSO D'UFFICIO ABROGATO VA IN CORTE COSTITUZIONALE

Nicoletta Parisi* e Dino G. Rinoldi**

1. Il prossimo 7 maggio la Consulta è chiamata ad esaminare alcune questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1.1, lettera b, della c.d. "Riforma Nordio", disposta con legge 9 agosto 2024 n. 114 (*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*, in vigore dal 25 agosto 2024). Le questioni sono state sollevate dalla Corte di cassazione (sez. VI penale) e da sedici tribunali di merito. Sul "banco degli imputati" si trova la parte della riforma che cancella dal nostro ordinamento il reato di abuso d'ufficio abrogando l'art. 323 del codice penale. I parametri della Costituzione di cui verificare il rispetto sono ora rappresentati dagli artt. 11, 97 e 117 primo comma.

L'abuso d'ufficio come disegnato prima dell'abrogazione nel nostro codice penale – ai sensi della legge n. 120/2020 – consisteva nel comportamento della persona che, agendo nell'esercizio di funzioni pubbliche, avesse utilizzato il potere per scopi diversi rispetto a quelli per i quali gli era stato conferito, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o al fine di arrecare ad altri un danno ingiusto.

2. L'abolizione del reato ha determinato la depenalizzazione di alcuni comportamenti, in particolare l'«abuso di vantaggio» o «di danno», l'«omessa astensione» – dal procedimento che lo coinvolge – di colui che si trovi in una situazione di «conflitto di interessi», il «peculato per distrazione di beni immobili».

La legge n. 114/2024, dunque, ha determinato un vuoto di tutela giuridica di alcuni beni costituzionalmente protetti che dai comportamenti appena indicati subiscono un *vulnus*. Beni quali l'integrità, l'imparzialità e il buon andamento della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost. sui pubblici uffici, sostenuto dagli artt. 54 e 98, su esercizio di pubbliche funzioni e pubblico impiego, della stessa Carta costituzionale e dal principio di trasparenza amministrativa), il principio di legalità (art. 25 Cost.), i diritti fondamentali

* Professore ordinario f. r. di diritto internazionale – Università di Catania.

** Professore ordinario f. r. di diritto dell'Unione europea – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

della persona (art. 2 Cost.) e fra questi il principio di eguaglianza delle persone di fronte alla legge (art. 3 Cost.).

Siamo in un periodo in cui il contrasto alla corruzione dovrebbe continuare ad essere la chiave di volta per garantire l'efficace utilizzo di fondi pubblici nazionali ed europei, allontanando condotte che li distraggano dal fine al quale sono indirizzati. Ricordiamo molto succintamente che, ai fini di rimediare alle conseguenze socioeconomiche dannose prodotte dall'emergenza pandemica da Covid-19, si sta assistendo a una imponente iniezione di risorse finanziarie europee e nazionali stanziata a partire dallo strumento *NextGenerationEU* e dal suo dispositivo di applicazione per la ripresa e la resilienza (i ventisette PNRR frutto dell'elaborazione di ciascuno Stato membro dell'Unione europea). L'ulteriore emergenza bellica, determinatasi in specie al confine orientale dell'Unione, sta promuovendo un altro egualmente imponente stanziamento di risorse, tanto europee che nazionali, a fini di predisporre un efficace assetto di sicurezza e difesa comune dei Paesi dell'Unione anche a fronte del ripiegio nazionalistico statunitense in materia.

Ci si sarebbe potuto aspettare, allora, che all'arretramento del diritto penale conseguente all'abrogazione della norma che prevedeva l'incriminazione della condotta di abuso d'ufficio corrispondesse un avanzamento della soglia di contrasto attuata, magari, pure con norme extra-penali: amministrative, contabili o disciplinari. Ci si sarebbe cioè potuto aspettare che, essendo il diritto penale *l'extrema ratio* al quale ricorrere in un ordinamento costituzionale improntato ai parametri dello Stato di diritto, ci si rivolgesse agli strumenti della prevenzione per tenere alta l'asticella dell'integrità della pubblica amministrazione, secondo il chiaro invito proprio della Corte costituzionale (v. sentenza n. 8/2022).

Ciò viceversa non è avvenuto.

Anzi, non pochi esperti sostengono si sta andando nella direzione opposta, ovvero verso quella di un indebolimento dei presidi di prevenzione della corruzione (G.L. GATTA, in *sistemapenale.it*, 24 giugno 2024). Ne sarebbero una manifestazione chiara gli assetti stabiliti dal Codice dei contratti pubblici, nuovamente riformato dal governo in carica con decreto legislativo n. 36 del 2023. Se da un lato vi si riconosce l'indubbia utilità di un'accresciuta trasparenza determinata dalla digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dell'appalto pubblico, da un altro lato si allentano i controlli preventivi e concomitanti, innalzando pure la soglia patrimoniale sotto la quale c'è facoltà di procedere ad affidamento diretto, con potenziali effetti «criminogeni» (A. VANNUCCI, in *volerelaluna.it*, 17 aprile 2023). La preannunciata riforma della

Corte dei conti sembra del resto concorrere all'operazione di indebolimento dei presidi preventivi.

3. Il legislatore della “Riforma Nordio” ha dunque fatto una precisa scelta di politica criminale.

Si tratta di una scelta che, a nostro parere, nel mettere in bilanciamento valori potenzialmente confliggenti, come la discrezionalità della pubblica amministrazione a fronte della tutela della persona rispetto agli abusi dei poteri pubblici e della cura dell'interesse generale, ha privilegiato la prima.

È indubbio che si sia preferito, tra l'altro, non dar seguito alle raccomandazioni che l'Italia ha ricevuto dal Gruppo di Stati contro la Corruzione del Consiglio d'Europa (c.d. “GRECO”) al termine del V ciclo di valutazione che quest'organismo ha svolto. Il Rapporto da esso adottato il 25 marzo 2024 ha chiesto infatti al nostro Paese di dotarsi di un sistema credibile (efficace) di supervisione e di sanzione dei comportamenti che risultano essere inadempimenti degli obblighi contenuti nei codici di comportamento adottati dai vari enti pubblici. Perseguire questa via avrebbe contribuito in misura determinante a garantire un ambiente integro entro la pubblica amministrazione, ricorrendo appunto a misure di tipo amministrativo e disciplinari.

4. Proprio al diritto internazionale guardano i giudici che hanno rimesso alla Corte costituzionale le diciassette ordinanze di legittimità di cui s'è detto inizialmente. Si ipotizza infatti un possibile conflitto tra la norma che ha abrogato l'art. 323 del codice penale e gli artt. 11 e 117, co. 1, della Costituzione (sulla prevalenza del diritto sovranazionale e internazionale rispetto al diritto nazionale). Viene anche implicato l'art. 97 (sull'azione degli uffici pubblici) della stessa Carta costituzionale.

Soprattutto sulla prima ipotesi di incostituzionalità vogliamo qui riflettere.

I giudici prendono in particolare in considerazione quanto dispone la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (c.d. “UNCAC”), aperta alla firma a Mèrida il 9 dicembre 2003. L'Italia ne è parte contraente in virtù della ratifica autorizzata con la legge n. 116/2009, che ha provveduto anche a darne esecuzione interna al nostro ordinamento per la parte penale. Le misure convenzionali di prevenzione hanno trovato invece attuazione in forma specifica grazie alla “legge Severino” (n. 190/2012) che comunque è intervenuta anche sulle norme di repressione.

Come noto, le norme internazionali cui l'Italia si è obbligata esplicano i propri effetti con la conseguenza che esse prevalgono, in caso di contrasto,

sugli atti nazionali aventi forza di legge nonché sulle leggi delle Regioni (art. 117, co. 1, Cost.), e addirittura comportano «limitazioni di sovranità» quando in particolare hanno forza normativa di applicazione diretta nell'ordinamento italiano quale derivante dalla partecipazione all'Unione europea (art. 11 Cost.). Beninteso questa prevalenza non può arrivare ad aggirare principi costituzionali fondamentali e diritti inalienabili della persona umana (così ancora la Corte cost. nella sentenza n. 1146/1988, che tratta dei cosiddetti "controlimiti" ai limiti determinati per il nostro ordinamento dal rispetto di obblighi internazionali).

La Convenzione delle Nazioni Unite tratta dell'abuso d'ufficio all'art. 19. Vi si dispone che gli Stati contraenti devono prendere in considerazione se introdurre nel proprio ordinamento una norma incriminatrice del comportamento del pubblico ufficiale che abusa delle proprie funzioni o della propria posizione intenzionalmente, ovvero che compie o si astiene dal compiere – nell'esercizio delle proprie funzioni – un atto in violazione di legge al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona o entità.

Così, i giudici *a quo* chiedono alla Corte costituzionale se l'art. 19 osti, proprio in virtù della ratifica data dall'Italia fra l'altro alla norma convenzionale in questione, a quella parte della "Riforma Nordio" che invece determina l'abolizione del reato d'abuso d'ufficio. Insomma, i giudici chiedono se la legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione della Convenzione impedisca al legislatore italiano di adottare un atto che contraddica l'obbligo pattizio.

Anche in altra parte del diritto internazionale pattizio a cui l'ordinamento italiano si è vincolato viene in rilievo la questione della penalizzazione dell'abuso d'ufficio. Pensiamo alla proposta di direttiva promossa dalla Commissione europea il 3 maggio 2023 sulla lotta alla corruzione (v. il doc. COM (2023) 234 che fa seguito all'inchiesta belga sul c.d. Qatargate, di coinvolgimento del Parlamento europeo a fine 2022). Ma di questo non sembra si debba qui trattare: la proposta è ancora tale, essendo Consiglio e Parlamento europeo implicati tuttora nel c.d. "trilogo", ovvero in quella complessa procedura legislativa dalla quale potrebbe scaturire una posizione comune capace di consentire l'adozione della direttiva. Vogliamo segnalare soltanto che l'abuso d'ufficio è previsto nell'art. 11 della proposta della Commissione come condotta di obbligatoria incriminazione da parte degli Stati membri dell'Unione; mentre l'orientamento adottato dal Consiglio prima dell'avvio del "trilogo" ha manifestato la volontà di degradare l'obbligo a facoltà e invece la risoluzione con cui il Parlamento

europeo ha adottato la propria piattaforma negoziale in materia mantiene l'obbligatorietà dell'incriminazione.

Piuttosto, l'abolizione dell'abuso d'ufficio apre un *vulnus* nell'adempimento della direttiva (UE) 2017/1371 *relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale* (cosiddetta "direttiva P.I.F."). Quest'ultima infatti, al proprio art. 4.3, obbliga gli Stati membri ad adottare le misure necessarie affinché l'appropriazione indebita, quando intenzionale, costituisca reato, là dove per appropriazione indebita si intende «l'azione del funzionario pubblico, incaricato direttamente o indirettamente della gestione di fondi o beni, tesa a impegnare o erogare fondi o ad appropriarsi di beni o utilizzarli per uno scopo in ogni modo diverso da quello per essi previsto, che leda gli interessi finanziari dell'Unione». L'appropriazione indebita – ovvero, detto con altre parole, il peculato per distrazione – nell'ordinamento italiano era ricondotta all'abuso d'ufficio: dunque, l'abolizione di questo reato ha determinato contemporaneamente la depenalizzazione del peculato per distrazione. È vero che il legislatore italiano – mentre adottava la "Riforma Nordio" – ha anche introdotto (con legge n. 112/2024) proprio il reato di peculato per distrazione arricchendo il codice penale con un nuovo art. 314 *bis*. Solo che quest'ultima disposizione dimentica che la direttiva intende colpire l'appropriazione indebita (o l'utilizzo) anche di beni immobili, non solo di denaro e di beni mobili; e che si sarebbe dovuto pure intervenire sul decreto legislativo n. 231/2001 (sulla responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato), nella parte in cui dispone in tema di sanzioni in relazione a fatti che offendono gli interessi finanziari dell'Unione europea: il suo art. 25.1 non elenca infatti il peculato per distrazione (G. L. GATTA, in *sistemapenale.it*, 10 luglio 2024).

5. Torniamo allora all'art. 19 UNCAC.

La ricognizione circa la portata giuridica della norma e del conseguente vincolo che essa pone al legislatore nazionale è complessa, dovendosi tener conto di due variabili.

La prima variabile è rappresentata dalla difficoltà di considerare il legislatore nazionale vincolato perpetuamente a una norma incriminatrice di derivazione internazionale, cristallizzando gli obblighi che discendono dalla ratifica di un trattato a suo tempo effettuata e dunque in definitiva sottraendogli ogni discrezionalità di scelte politiche divergenti da esso.

Vero è che occorre garantire una certa stabilità al diritto pattizio.

Tuttavia, è la stessa Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (del

1969) a contemplare l'ipotesi che uno Stato, liberamente vincolatosi a un obbligo pattizio, possa con le dovute procedure sottrarsi. Essa rinvia la soluzione della questione anzitutto, eventualmente, al trattato implicato, che ben può dettare le condizioni per l'eventuale propria denuncia (si pensi alla "Brexit" e all'art. 50 TUE dov'è disciplinato il recesso dall'Organizzazione). La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione – ovvero il gruppo degli Stati che ne hanno negoziato i contenuti – ha utilizzato questa facoltà, disciplinandola dal punto di vista procedurale all'art. 70 tramite appunto l'istituto della denuncia.

Dunque, in via di principio è possibile sottrarsi all'osservanza di norme pattizie, dovendosi ricordare che comunque si può graduare la vincolatività delle norme internazionali pattizie stesse anche tramite l'istituto delle riserve da apporre a quel determinato Trattato.

L'ordinamento italiano avrebbe avuto dunque a disposizione queste due vie: andarsene da UNCAC, esprimendo la volontà di recedere, oppure chiedere una deroga o una flessibilità rispetto all'osservanza degli obblighi pattizi.

Ricordiamo al proposito, ad esempio, che la Repubblica di Ungheria sta proprio utilizzando la via del recesso per sciogliersi dagli obblighi derivanti dalla ratifica dello Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale (v. S. TRONCONE, *L'Ungheria rompe con la giustizia internazionale: le implicazioni europee del recesso ungherese dalla CPI*, in *Unione europea e Diritti*, n. 1, 2025). E d'altro canto il Presidente degli Stati Uniti George W. Bush ritirò addirittura la firma USA allo Statuto (apposta dal suo predecessore Bill Clinton quasi a fine mandato) perché non voleva essere assoggettato a quanto proprio la ricordata Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati implica (art. 18), cioè che alla firma consegua l'obbligo giuridico per lo Stato di comportarsi in buona fede senza adottare prassi e norme suscettibili di pregiudicare l'oggetto e lo scopo del trattato anche quando non sia ancora stato stipulato.

6. La seconda variabile dipende dalla formula lessicale utilizzata dall'art. 19 UNCAC. Come si comprende molto bene leggendo la versione facente fede in lingua inglese la Convenzione non pone l'obbligo di incriminare, ovvero non usa l'espressione «shall adopt» bensì quella che «shall consider adopting». Si tratta – accettando l'interpretazione datane dalla *Guide législatif pour l'application de la Convention contre la corruption* (2012, p. 90) – di una formula diplomatica con la quale si fa obbligo agli Stati non di incriminare ma di valutare attentamente l'ipotesi di dotarsi di siffatta norma

incriminatrice, verificandone la compatibilità con il proprio ordinamento. I trattati devono essere eseguiti e interpretati in buona fede (rispettivamente, art. 26 e art. 31.1 della ricordata Convenzione di Vienna), dunque allo Stato parte contraente incombe senza dubbio ai sensi dell'art. 19 UNCAC questo (limitato ma non irrisorio) obbligo giuridico.

Alcune delle ordinanze di rimessione in Corte delle questioni di costituzionalità che qui ci occupano vanno oltre, proprio a partire dal sopradDETTO obbligo giuridico e da un'interpretazione sistematica dell'intero contesto convenzionale in oggetto. Esse si interrogano se dall'art. 19 UNCAC, letto alla luce di altre disposizioni convenzionali, discenda un'ulteriore conseguenza giuridica a carico degli Stati che si fossero dotati della norma incriminatrice già prima di ratificare la Convenzione delle Nazioni Unite. Così argomentano queste ordinanze: gli Stati che si trovano in siffatta situazione evidentemente avevano già valutato la necessità di rafforzare la tutela della propria pubblica amministrazione nazionale introducendo la norma incriminatrice sull'abuso d'ufficio. Di conseguenza, l'art. 19 per essi perderebbe valore se ci si limitasse a interpretarlo soltanto dal punto di vista dell'obbligo di valutare in buona fede la possibile introduzione della norma incriminatrice. Per questi Stati l'art. 19 sarebbe invece in grado di determinare un obbligo di non regressione (ovvero di "stand still"). Ci sarebbe cioè l'obbligo per essi di non rimuovere la norma incriminatrice in precedenza disposta perché, così facendo, si indebolirebbe l'impianto di contrasto alla corruzione. In particolare, l'abolizione del reato di abuso d'ufficio si porrebbe in contrasto con l'art. 7.4 UNCAC, ai sensi del quale agli Stati contraenti incombe l'obbligo (questa volta sì) di adottare, mantenere e rafforzare i sistemi utili a prevenire i conflitti di interesse. Si tratta di una norma il cui valore cogente viene confermato e valorizzato da altre due disposizioni UNCAC: anzitutto dall'art. 65.1, secondo il quale ciascuno Stato contraente deve adottare le misure necessarie, comprese misure legislative ed amministrative, in conformità con i principi fondamentali del proprio diritto interno, per assicurare l'esecuzione degli obblighi nascenti dal trattato. Concorre l'art. 1 della stessa Convenzione, che individua il proprio oggetto, tra l'altro, nella promozione e nel rafforzamento delle misure volte a prevenire e combattere la corruzione in modo più efficace (lettera a), oltre che nella promozione dell'integrità, della responsabilità e della buona fede nella gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici (lettera c).

Il divieto di regressione così come ricostruito dai giudici rimettenti sembra avere una propria forza logica e giuridica.

L'ordinamento italiano aveva introdotto nel proprio ordinamento l'a-

buso d'ufficio come condotta penalmente rilevante già con il Codice Zanardelli (1889), riprendendolo dai codici pre-unitari. Aveva confermato a più riprese questa scelta incriminatrice con le leggi n. 86/1999, n. 234/1997, n. 190/2012 n. 120/2020 (V. MONGILLO, in *sistemapenale.it*, 23 aprile 2025). Dunque, esso si trova proprio nella situazione prefigurata dai giudici rimettenti, quella di essere gravato dall'obbligo di non regressione visto che la ratifica della Convenzione è intervenuta in un momento successivo all'introduzione della fattispecie di reato. Ne discenderebbe che questa non potrebbe essere espunta dal nostro ordinamento.

Per sostenere, viceversa, la legittimità dell'abolizione dell'abuso d'ufficio da parte dello Stato che se ne fosse dotato in momento precedente la ratifica non ci sembra che possa "tenere" l'argomento secondo il quale l'art. 19 UNCAC non contemplerebbe necessariamente un'ipotesi incriminatrice, potendosi reputare che la Convenzione consenta una depenalizzazione dell'abuso d'ufficio e un suo perseguimento con misure extra-penali. Così ragionando si vorrebbe considerare non violata la Convenzione ad opera di questo Stato, a patto che esso persegua la condotta con mezzi diversi da quelli penali. A tacer del fatto che l'abolizione del reato in Italia è avvenuta, come ricordato, senza l'introduzione di misure "compensative" di altro genere (determinando un vuoto normativo di tutela), un'interpretazione letterale dell'art. 19 non sembra consentire questa soluzione: non soltanto la norma è inserita nel Capitolo III della Convenzione intitolato alle misure incriminatrici e alla repressione penale; ma la *Guide législatif* più sopra ricordata sottolinea che la norma parla di «conférer le caractère d'infraction pénale» al comportamento definito come «abus de fonctions».

7. Il compito che la Corte costituzionale deve svolgere è arduo.

L'accoglimento delle questioni di costituzionalità – ancorché sostenuto dall'impianto dettato dall'art. 117, co. 1, della Costituzione – potrebbe essere valutato come giudizio negativo dato dai giudici della Corte costituzionale nei confronti di scelte di politica criminale del legislatore, interferendo sulla discrezionalità politica stessa dell'esecutivo democraticamente eletto e sulla divisione tra i poteri nello Stato costituzionale di diritto. Si determinerebbe la reviviscenza della norma incriminatrice contenuta nell'abrogato art. 323 del codice penale: una reviviscenza destinata a operare per così dire *in malam partem*, a sfavore di chi si trovi ad essere oggetto di una penalizzazione appunto "risorta" per via giurisprudenziale.

Il compito della Corte è aggravato dal fatto che l'abuso d'ufficio ricopriva nel nostro ordinamento un ruolo specifico. Esso assolveva a una fun-

zione residuale nell'impianto penalistico relativo ai reati contro la pubblica amministrazione, dando garanzie di tutela al cittadino di fronte a condotte non coperte da altre norme dettate per specifiche condotte di reato; e offriva anche un segnale culturale positivo, capace di manifestare l'intento del legislatore di orientare i comportamenti della pubblica amministrazione verso il rifiuto dell'uso del potere pubblico a fini personali (E. CARLONI, in *sistemapenale.it*, 18 dicembre 2024).

La sua abolizione determina certamente, come detto, un vuoto normativo che deve poter essere colmato. Chi aderisse, come noi siamo propensi a fare, all'impianto argomentativo di alcuni dei giudici rimettenti, potrebbe sostenere allora che la via migliore sarebbe un'adeguata riscrittura della norma incriminatrice in materia, così da continuare a dare adempimento a livello penale alla Convenzione contro la corruzione. Ciò senza sottovalutare che comunque occorre rafforzare le misure di prevenzione, proprio a partire dalle raccomandazioni del GRECO sopra accennate.

Conclusivamente, come non essere d'accordo con chi si domandava ancor prima dell'abolizione del reato di abuso d'ufficio: «che forma di protezione resterebbe nella disponibilità del privato che subisca le angherie di chi, detenendo il potere pubblico, lo eserciti in modo intenzionalmente distorto?» (R GAROFOLI, in *sistemapenale.it*, 27 marzo 2023).

